

Avhendingslovens § 3-9 annet punktum

*Med særlig fokus høyesterettspraksis og
prosentlæren*

Kandidatnummer: 138

Antall ord: 14349



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 INNLEDNING	4
1.1 Presentasjon av problemstilling	5
1.1 Oppgavens struktur	5
1.2 Avgrensninger	6
1.2.1 Partsforholdet	6
1.2.2 Alternative mangelsbestemmelser for eiendom solgt «som han er»	6
1.2.3 Forutsetninger for å kunne gjøre mangelsinnsigelser gjeldende	7
1.2.4 Etterfølgende konsekvenser av at § 3-9 annet punktum kommer til anvendelse ..	7
1.2.5 Tilfeller hvor partene har avtalt seg bort fra avhendingslovens bestemmelser	7
2 Rettskildebildet	8
2.1 Bakgrunnen for avhendingsloven	8
2.2 Rettskildene	8
3 «Som han er»-klausulen.	12
3.1 Innholdet av en «som han er»-klausul	12
3.2 Forholdet mellom «som han er»-klausulen og avtalelovens § 36	13
4 Generelt om vurderingen etter § 3-9 annet punktum	16
5 Inngangsvilkåret for vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.	17
6 Vurderingsmomentene etter § 3-9 annet punktum	19
6.1 «Grunn til å rekne med»	19
6.1.1 «grunn til å rekne med» - subjektive forhold som grunnlag for to forskjellige vurderinger	20
6.1.2 Hva er påregnelig for kjøper?	21
6.1.2.1 Innenfor den rene vesentlighetsvurdering	21
6.1.3.2 Utenfor den rene vesentlighetsvurdering	22
6.2 Kjøpers forventninger – «kjøpesummen»	24
6.2.1 Den legislative begrunnelsen for «kjøpesummen» som et moment i vurderingen av kjøpers forventninger	24
6.2.2 «Kjøpesummen» - det kvantitative element	25
6.2.2.1 Eksisterer det en absolutt nedre prosentterskel som utbedringskostnadene må overstige i forhold til «kjøpesummen» for å konstatere mangel etter § 3-9 annet punktum?	27

6.3	Kjøpers forventninger – «tilhøva elles»	29
6.3.1	«Tilhøva elles» – boligens alder.....	29
6.3.1.1	Boligens alder – åpner momentet opp for anvendelse av levetidsbetraktninger?	30
6.3.2	«Tilhøva elles» - boligens tilstand	32
6.3.2.1	«Tilhøva elles» - boligens tilstand – betydningen av opplysninger i salgsdokumenter.....	33
6.3.2.2	«Tilhøva elles» - forholdet mellom opplysninger som er direkte knyttet til det forhold mangelen gjelder og betydningen av kjøperens undersøkelser	34
6.3.2.3	«Tilhøva elles» - innebærer vurderingsmomentet også pristakst?.....	37
6.4	Feil som tilsier mangel etter § 3-9 annet punktum på selvstendig grunnlag	37
7	Oppsummering av vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.....	39
8	Prosentlæren	42
8.1	Prosentlærens vekt som et moment i vesentlighetsvurderingen	42
8.2	Er vurderingen etter prosentlæren i tråd med avhendingslovens formål?	42
8.3	Prosentlæren – de lege ferenda	45

1 INNLEDNING

Eiendomskjøp representerer gjerne den mest verdifulle kjøpsavtalen i en privatpersons liv. I dag inngås kjøpsavtaler for brukt eiendom så å si alltid med et «som den er»-forbehold.¹ Ettersom majoriteten av eiendomstransaksjoner i Norge gjelder brukte eiendommer, har § 3-9 i lov 3. juni 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (heretter avhl.) i praksis blitt hovedregelen om selgers mangelansvar ved salg av fast eiendom.² Bestemmelsen er i så måte særlig viktig, både fordi den enkelte avgjørelse i stor grad kan påvirke partenes privatøkonomi, og fordi antallet tvister som gjelder bestemmelsen er så omfattende.

Slik lyder § 3-9 i avhl.:

«Endå om egedomen er selt «som han er» eller med liknande allment atterhald, har egedomen likevel mangel der dette følgjer av §§3-7 eller 3-9. Egedomen har også mangel dersom han er i vesentleg reingare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.»

Da arbeidet med avhendingsloven ble startet, var det sentrale formål at loven skulle gi rettsregler som var særlig klare og oversiktlige.³ En slik begrunnelse tar sikte på forutberegnelighet for både selger og kjøper, slik at antallet tvister som kommer opp for domstolene reduseres.⁴ Denne effekten av avhendingslovens vedtakelse, ser imidlertid ut til å ha uteblitt. Tvister rundt bestemmelsen har blitt en gjenganger i norske rettssaler.⁵ Dette har sammenheng med at prosessviljen for både kjøper og selger har holdt seg høy etter at rettshjelpsforsikring og eierskifteforsikring ble introdusert,⁶ og at bestemmelsen er utformet med skjønnsmessige vurderingsmoment.⁷

¹ Helge Syrstad, 'Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen' i, *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2005 s. 86-97 (s. 87)

² Syrstad, 'Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen' s. 87, Harald B. Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*, Oslo 2002 s. 30 og Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, Oslo 2008 s. 176

³ NOU 1979:48 (s. 23)

⁴ NOU 1979:48 (s. 23) og Andersen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom* s.12.

⁵ Syrstad, *Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen* s. 87.

⁶ Syrstad, *Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen* s. 87 og Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom* s. 13

⁷ Uttrykk som «tilhøva elles» og «vesentlig ringare stand» jf. *Avhendingslovens § 3-9 annet punktum*, er skjønnsmessige i så stor grad at det kan være vanskelig for en part å vurdere sin stilling i forkant av en tvist.

Et slikt utgangspunkt medfører et særlig behov for en presisering av bestemmelsens innhold. Det er i lys av denne situasjonen den følgende fremstilling skal forsøke å klargjøre vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

1.1 Presentasjon av problemstilling

Problemstillingen er: når er en eiendom solgt med et «som den er»-forbehold i vesentlig dårligere stand enn det kjøperen hadde «grunn til å tro»?

Om spørsmålet er det skrevet mye i teorien. Det finnes doktor- og masteroppgaver om de enkelte moment som inngår i vurderingen. Imidlertid finnes det ingen fremstilling som tar sikte på å gi en helhetlig gjennomgang av vesentlighetsvurderingen, som er oppdatert med den nyeste praksis fra Høyesterett. Målet med denne oppgaven er å skape et slikt oppdatert verktøy. Av denne grunn vil oppgaven legge særlig vekt på Høyesterettspraksis. Når prosentlæren er tatt med som en egen del av oppgaven, er dette fordi denne utgjør en viktig, og særlig omdiskutert del av vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

1.1 Oppgavens struktur

Den resterende del av punkt 1 vil gjennomgå oppgavens avgrensninger. Punkt 2 vil deretter redegjøre for rettskildebildet og vurdere betydningen av den konkrete rettskilde for oppgaven. Punkt 3 vil gjennomgå «som han er»-klausulen og dens innhold. Punkt 4. fastsetter utgangspunktet for vurderingen etter § 3-9 annet punktum. I punkt 5. presenteres inngangvilkåret for vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum. Punkt 6. utgjør hoveddelen av oppgaven, og består av en gjennomgang av vurderingsmomentene etter § 3-9 annet punktum. I punkt 7 vil det trekkes slutninger fra de foregående punkt for å gjøre en oppsummering av vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum. Til sist, under punkt 8, vil slutninger fra alle de overnevnte punkter benyttes til å vurdere prosentlæren, særlig i forhold til den nyeste rettspraksis. Punkt 8 vil skille seg fra resten av oppgaven, ved at inneholder de ferenda-argumentasjon.

Når det i den videre fremstilling henvises til bestemmelser, forutsettes det at det gjelder bestemmelser i avhendingsloven. Der hvor det siktes til andre lover vil dette fremgå av teksten.

Når det gjelder definisjon av begreper er det en tendens i både rettspraksis og teori til å benytte «feil», «mangel», og «skjulte mangler og feil» om hverandre. I denne oppgaven skal «feil» forstås som noe som er galt ved eiendommen, mens mangel skal forstås som en feil som oppfyller de rettslige vilkårene etter den aktuelle mangelsbestemmelsen. Begrepene vil imidlertid tidvis gli over i hverandre, ettersom rettskildene som gjennomgås ikke operer med et slikt konsekvent skille.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Partsforholdet

Det følger av § 1 (1) første punktum at loven gjelder «avhending av fast eiendom» gjennom frivillig salg, gave eller bytte. Avhendingsloven regulerer i utgangspunktet dermed også avtaler mellom næringsdrivende. Loven gjelder ikke avtaler med forbruker om oppføring av ny bolig, jf. § 1 (2). Fremstillingens formål å belyse vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum for de mest vanlige tvistetilfellene. Ettersom det mest vanlige tvisteforholdet for § 3-9 annet punktum gjelder avtaler mellom to private parter, vil oppgaven primært fokusere på dette partsforholdet. En konsekvens av dette, er at oppgaven bare vurderer avtale om næringseiendom og næringsbygg, der hvor det etter rettspraksis foreligger generelle uttalelser som kan få overført betydning.

1.2.2 Alternative mangelsbestemmelser for eiendom solgt «som han er»

Etter § 3-9 første punktum, kan det også foreligge mangel ved eiendom solgt «som han er» etter reglene om selgers opplysningsplikt i §§ 3-7 og 3-8. Tema for oppgaven er vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum. De alternative mangeslgrunnlagene for eiendom solgt med «som den er»-forbehold etter §§ 3-7 og 3-8 vil derfor kun behandles der hvor det er relevant for å belyse innholdet av vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

1.2.3 Forutsetninger for å kunne gjøre mangelsinnsigelser gjeldende

Oppgaven forutsetter at de nødvendige vilkår for å kunne gjøre en mangelsinnsigelse gjeldende er oppfylt. Eksempelvis vil prosessuelle spørsmål knyttet til om reklamasjonen er fremsatt innenfor fristen etter § 4-19 ikke vurderes.

1.2.4 Etterfølgende konsekvenser av at § 3-9 annet punktum kommer til anvendelse

Fremstillingen har ikke til hensikt å belyse konsekvenser av at det foreligger mangel etter § 3-9 annet punktum. Kjøpers eventuelle krav ved konstatert mangel etter § 3-9 annet punktum - slik som prisavslag etter avhendingslovens kapittel 4 - kommer dermed ikke til å behandles.

1.2.5 Tilfeller hvor partene har avtalt seg bort fra avhendingslovens bestemmelser

Etter § 1-2 (1) er avhendingsloven deklarasjonslov, der hvor loven ikke særskilt foreskriver annet. Som generell forutsetning har dermed partene avtalefrihet til å avtale seg bort fra avhendingslovens bestemmelser. Unntaket for dette følger av § 1-2 (2) og gjelder forbrukeravtaler. Forbrukerkjøp skal ikke behandles i denne fremstillingen, slik at utgangspunktet er avtalefrihet. Redegjørelsen for det forhold hvor partene har avtalt seg bort fra avhendingslovens bestemmelser faller imidlertid utenfor problemstillingen. Forhold hvor partene har avtalt seg bort fra bestemmelsen vil dermed bare omtales for å belyse innholdet av en «som han er»-klausul.

2 Rettskildebildet

2.1 Bakgrunnen for avhendingsloven

For å forstå det gjeldende rettskildebildet for salg av fast eiendom, er det nødvendig å gjøre rede for avhendingslovens bakgrunn. Uten en slik gjennomgang er det vanskelig å se sammenhengen mellom avhendingsloven og kjøpslovgivingen for øvrig.

Som et utgangspunkt kan det påpekes at avhendingsloven er en relativt ny lov. Den ble vedtatt 3. april 1992, som en del av det tingsrettslige kodifikasjonsarbeidet.⁸ Kodifikasjonsarbeidet var et resultat av en kongelig resolusjon fra 10. april 1953 hvoretter oppdraget var «(...) å utarbeide utkast til kodifikasjonslover for tingsretten(...)».⁹ Resolusjonen fra 1953 førte så til NOU 1979:48, kalt «Avhending av fast eieendom». NOU 1979:48 tjente som grunnlaget for Ot.prp.nr.66 (1990-1991), som ble det siste forarbeidet før avhendingslovens vedtakelse.

I NOU 1979:48 ble det redegjort for rettstilstanden i forkant av avhendingsloven. Her viste utvalget til at rettsreglene som regulerte avhending av fast eiendom, bygget på ulovfestet rett utformet gjennom sedvane og rettspraksis.¹⁰ Utvalget påpekte imidlertid også at det forelå mye samsvar mellom de ulovfestede reglene for fast eiendom og kjøpsloven fra 1907, fordi denne loven bygget på sedvane og teori hvor skillet mellom løsøre og fast eiendom ikke ble særlig vektlagt.¹¹ Denne sammenhengen er sentral, fordi den illustrerer hvorfor kjøpslovgivingen utgjorde en del av grunnlaget for utformingen avhendingsloven.

2.2 Rettskildene

Oppgaven tar utgangspunkt i den alminnelige juridiske metode.

Utgangspunktet for vurderingen av om en eiendom påheftet solgt «som han er» er i vesentlig ringere stand enn det kjøperen hadde grunn til å regne med, er ordlyden i § 3-9 annet

⁸ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 7 pkt. 2.1

⁹ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 7 pkt. 2.1

¹⁰ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 11 pkt. 3.1.1

¹¹ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 11 pkt. 3.1.1

punktum. Vurderingsmomentene som bestemmelsen gir uttrykk for, slik som «kjøpesummen» og «tilhøva elles», er imidlertid av en utpreget skjønnsmessig karakter. Dette gjør det nødvendig å supplere lovteksten med andre rettskilder for å komme frem til en rettsregel. I den sammenheng er de to overnevnte forarbeider viktige.¹² Samtidig er avhendingslovens forarbeider relativt kortfattede i behandlingen av 3-9 annet punktum. Dette er knyttet til det overnevnte forhold mellom avhendingsloven., og lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (heretter kj.l.). Vurderingen i kjøpslovens § 19 1. ledd, bokstav (c) tilsvarer nemlig den etter avhl. § 3-9 annet punktum.¹³ Dette er grunnen til at avhendingslovens forarbeider viser til kjøpslovens forarbeider i merknadene til avhl. § 3-9.¹⁴ I så måte supplerer de to lovers forarbeider hverandre.

På bakgrunn av dette vil rettskilder som behandler kjøpslovens § 19 1. ledd bokstav c) også kunne ha relevans for tolkningen av § 3-9 annet punktum. Tidligere eksisterte det lite rettspraksis og litteratur som behandlet avhl. § 3-9 eksplisitt, men dette stiller seg annerledes i dag. På generelt grunnlag vil dermed rettspraksis og litteratur som gjelder kj.l. §19 1. ledd bokstav c), være av mindre rettskildemessig betydning. For forhold som ikke er behandlet i rettskilder som knytter seg direkte til § 3-9 i avhendingsloven, kan de imidlertid tenkes å ha noe mer vekt. I forhold til prosentlæren vil avhendingslovens forarbeider ha mindre rettskildemessig vekt enn for vesentlighetsvurderingen generelt. Dette skyldes at læren er utarbeidet i rettspraksis, med utgangspunkt i lovens ordlyd. Prosentlæren ble dermed utviklet i etterkant av avhendingslovens vedtakelse, slik at det ved utformingen av forarbeidene ikke var anledning til å ta stilling til lærens innhold.

Ettersom bestemmelsens ordlyd legger opp til skjønnsmessige vurderinger, og forarbeidene i mindre grad presiser innholdet, spiller rettspraksis en spesielt viktig rolle på rettsområdet. Som nevnt innledningsvis har bestemmelsens praktiske betydning vært stor, slik at tvister ofte har kommet opp for domstolene. Det foreligger dermed en stor andel rettspraksis rundt bestemmelsen. For Høyesterett har bestemmelsen vært oppe til behandling fire ganger. Disse avgjørelsene har særlig stor rettskildemessig betydning.¹⁵ Høyesterettspraksis fra perioden før avhendingsloven var vedtatt kan også være relevant, men er av ressursmessige hensyn ikke vektlagt i særlig grad i denne oppgaven.

¹² Ot.prp.nr.66 (1990-1991) og NOU 1979:48

¹³ Ot.prp.nr 66 (1990-1991) s. 92

¹⁴ Ot.prp.nr 66 (1990-1991) s. 92

¹⁵ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave v. Jan E. Helgesen, Bergen 2001 s. 159

Den nyeste dommen hvor Høyesterett foretok en vesentlighetsvurdering etter § 3-9 annet punktum er Rt. 2010 s. 103. I dommen vises det til tidligere praksis fra Høyesterett på området: Rt. 2002 s. 1425 («*Bukkeboddommen*»), Rt. 2007 s. 1587 («*Avvisningsrettsdommen*») og Rt. 2008 s. 963 («*Rottedommen*»). Alle dommene har hatt betydning for ulike deler av vesentlighetsvurderingen. I henhold til prosentlæren ansees Rt. 2010 s. 103 som spesielt viktig, i form av å være et prejudikat.¹⁶ Samlet sett utgjør disse avgjørelsene den mest sentrale delen av rettspraksis - og en spesielt tungtveiende rettskilde på rettsområdet.

Det finnes også rikholdig praksis rundt avhl. § 3-9 annet punktum i underrettene. I utgangpunktet vil avgjørelsene fra lagmannsretten, og spesielt tingretten, ha langt mindre rettskildemessig verdi enn avgjørelsene fra Høyesterett.¹⁷ Når det i oppgaven likevel tidvis trekkes frem praksis fra underrettene, er dette fordi den store mengden saker på rettsområdet har medført at underrettene har behandlet spørsmål som ikke har kommet opp for Høyesterett.

Når det gjelder juridisk teori har det blitt gjort omfattende arbeid for å belyse vesentlighetsvurderingen som § 3-9 annet punktum gir uttrykk for. Høyesterett har i enkelte av sine avgjørelser vist til slike fremstillinger.¹⁸ En stor andel av den juridiske teori som omhandler avhl. § 3-9 annet punktum har blitt publisert som analyser av Høyesterettspraksis. Disse analysene har bidratt til å klargjøre problemstillinger som er uklare etter gjennomgang av lovtekst, forarbeider og rettspraksis. Dette har vært viktig i forhold til de spørsmål som reises ved prosentlæren, spesielt i forhold til vurderingen av de prosentterskler som har blitt oppstilt i rettspraksis. Det må imidlertid påpekes at juridisk teori har begrenset rettskildemessig vekt.¹⁹

Avslutningsvis vil reelle hensyn være av betydning. Slike hensyn vil først og fremst få betydning dersom overnevnte rettskilder i liten grad belyser det aktuelle forhold, men også der hvor de underbygger andre rettskilder. De hensyn som gjør seg gjeldende for § 3-9 annet punktum kan blant annet knyttes til formålet med innføringen av avhendingsloven. Som nevnt presenterte lovgiver to sentrale formål i lovens forarbeider; å klargjøre partenes rettigheter, og å redusere antallet tvister som kom opp for domstolene.²⁰ Formålet med å klargjøre partenes rettigheter representerer et ønske om å øke forutberegneligheten på rettsområdet. Å redusere

¹⁶ Ibid s. 159

¹⁷ Ibid s. 159

¹⁸ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 963 («*Rottedommen*») (avsnitt 27)

¹⁹ Eckhoff, *Rettskildelære* s. 270

²⁰ Se note 3 og 4.

antallet tvister som kommer opp for domstolene peker på prosess tekniske hensyn. Disse overordnede hensyn må sees i forhold til det legislative formålet ved mangelsbestemmelsene generelt, som er å opprettholde balanse i avtalen og sikre lojalitet mellom partene. Videre vil innrettelseshensyn måtte hensyntas, ettersom mangelsinnsigelser i etterkant av en avtale vil kunne virke svært negativt for selger. Til sist vil det også være relevant at mangelsbestemmelsene balanserer de (tidvis motstridende) hensynene til at boligomsetningen både er trygg, og effektiv.

3 «Som han er»-klausulen.

Vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum gjelder de avtaler hvor selger har tatt et «som han er»-forbehold. I den forbindelse er det nødvendig å gjøre rede for betydningen av at et slikt forbehold er tatt.

3.1 Innholdet av en «som han er»-klausul

«Som han er»-klausulen i § 3-9 første punktum gir uttrykk for en ansvarsfraskrivelse, som er ment å beskytte selger fra ansvar ved skjulte feil. Denne beskyttelsen representerer et legitimt behov for selger.²¹ Private selgere vil typisk benytte inntekter fra salg av en eiendom til å investere i kjøp av en ny eiendom, og mangelskrav fra kjøper som kan komme flere år etter salget, vil kunne skape store problemer for selgers privatøkonomi. En slik beskyttelse vil være spesielt viktig ved salg av eldre eiendommer.²² Ordlyden er ikke til hinder for å anvende forbeholdet også ved nybygg, men rettspraksis viser at det for slike tilfeller skal langt mindre til for at en feil ansees for å være en mangel etter § 3-9 annet punktum.²³

Tatt på ordet legger en slik klausul opp til at eiendommen selges i nøyaktig den tilstand den er. En slik tolkning medfører at kjøper i forkant av avtalen har godtatt ethvert avvik som måtte foreligge mellom hans forventninger til eiendommens og eiendommens reelle tilstand. I prinsippet vil dette bety at eiendommen under enhver omstendighet fremstår som kontraktsmessig og uten mangler.²⁴ Paragraf 3-9 representerer imidlertid en innskrenkning i «som den er»-klausulens rekkevidde.²⁵ Når «som han er»-klausulen sees i sammenheng med § 3-9, må tolkningen være at et «som den er»-forbehold gir selger en beskyttelse fra å bli stilt til ansvar for mangler han ikke kjente til, uten at denne ansvarsfraskrivelsen er total. En total ansvarsfraskrivelse må i tilfelle være et resultat av at partene har avtalt seg bort fra avhendingslovens bestemmelser, jf. § 1-2 (1).

²¹ LA-2006-64511 (Agder)

²² LA-2006-64511 (Agder)

²³ Jf. Rt. 2007 s. 1587 («Avvisningsretts-dommen) hvor en utbedringskostnad som var prosentmessig langt lavere enn det som tidligere hadde blitt godtatt som mangel ble ansett for å oppfylle vesentlighetskravet etter § 3-9 annet punktum, med henvisning til at det gjaldt en nesten ny leilighet.

²⁴ Tryve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5. utgave, Oslo 2013 s. 186

²⁵ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 176 og Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom* s. 186

Forbeholdet skal etter dette ikke forstås direkte etter sin ordlyd. Noen feil kan være tilstrekkelige til å kvalifisere til en mangel, til tross for at det foreligger en ansvarsfraskrivelse i form av en «som den er»-klausul. Et av disse unntakene er får man der hvor det gjelder en feil som oppfyller vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

I henhold til hvilken formuleringen forbeholdet kan ha, er forarbeidene oppklarende. Her står det at selv om § 3-9 første punktum bruker uttrykket «som han er»: (...) *skal paragrafen også gjelde for «andre almenne (ikkje presiserte) atterhald som t d «i besiktiga stand», og «utan ansvar for skjulte feil og manglar».*²⁶ Forbehold som «as is», «i besiktiget stand» (Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s.92), «i den stand den var ved kjøpers besiktigelse» (Rt. 2002 s. 1425 («Bukkeboddommen»)) og «eiendommen selges slik den er og er besiktiget» har blitt vurdert på samme måte. Det har i teorien blitt stilt spørsmål ved om formuleringen «er besiktiget» skal forstås som en generell ansvarsfraskrivelse, ettersom dette kan tolkes som en henvisning til at kjøpers undersøkelsesplikt etter § 3-10 er overholdt. Det ser imidlertid ut til å være enighet om at også slike formuleringer omfattes av bestemmelsen.²⁷

Etter dette er det ikke avgjørende hva forbeholdet er kalt. Bestemmelsen er også anvendbar der selger har tatt lignende generelt formulerte forbehold for å redusere sitt ansvar. At bestemmelsen kun gjelder for generelt formulerte forbehold medfører også en begrensning, slik at den ikke får anvendelse på presiserte forbehold.²⁸ Forutsetningen for at «som han er»-klausulen skal komme til anvendelse ved en avtale, er at den er vedtatt. Bevisbyrden for dette påligger selger.²⁹ Klausulen er imidlertid så vanlig ved dagens eiendomstransaksjoner, og særlig for brukte boliger, at kjøpere flest må regne med klausulen, med mindre forholdene rundt avtalen tilsier noe annet.³⁰

3.2 Forholdet mellom «som han er»-klausulen og avtalelovens § 36

For noen tilfeller vil det kunne være aktuelt å vurdere avtaler som inneholder en «som den er»-klausul etter Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om

²⁶ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 92 (fjerde avsnitt.)

²⁷ Rt. 2005 s. 1281 («Baderomsdommen») (avsnitt 38) og Andersen (2008) s. 177

²⁸ Jf. Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 92 (fjerde avsnitt) og Anderssen (2008) s. 176

²⁹ Andersen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 178

³⁰ Ibid s. 178

ugyldige viljeserklæringer (heretter avtl.) § 36. Forutsetningen er at avtalens forbehold vil få så store konsekvenser om den skulle opprettholdes, at det vil virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende. For en tilsidesettelse av avtalen etter avtl. § 36 kreves det imidlertid mye.³¹ En mer nærliggende løsning er at domstolene tolker forbeholdet innskrenkende.

Om dette uttaler lovgiver i forarbeidene til § 3-9, at avtalelovens §36:

«kan innebære ein skranke dersom et allment atterhald i et konkret tilfelle skulle ligge an til å få svært vidtrekkjande konsekvenser», men at «generelt vil departementet likevel tru at «som han er» (...) atterhald går klar av avtalelova §36 for kjøparen, ikkje minst fordi almenne atterhald ofte vil bli tolka innskrenkande».³²

I forhold til den innskrenkende tolkning som forarbeidene omtaler, betyr dette at et forbehold som er formulert slik at det kan få svært vidtrekkende konsekvenser dersom det følges etter sin ordlyd, gjerne tolkes på samme måte som et «som den er»-forbehold i avhendingslovens forstand.

Unntak fra dette kan tenkes der hvor det fremgår tydelig av avtalen at dette ikke var hensikten. Et eksempel kan være der hvor en eiendom er taksert til 2 millioner, men selges for 1 million mot et absolutt forbehold mot reklamasjoner. En slik avtale har en tydelig formulering av forbeholdet som gjenspeiles i prisen. Da vil det vanskelig kunne være rom for å tolke forbeholdet innskrenkende, slik at det likevel kan foreligge mangel etter § 3-9 annet punktum. I en slik situasjon må selger heller antas å være beskyttet av avtalefriheten.

Høyesterett behandlet spørsmålet om et generelt forbehold skulle fortolkes innskrenkende i Rt. 1997 s. 70. Partene i saken var entreprenør og kommune, ikke to private parter som er partskonstellasjonen denne oppgaven fokuserer på. De uttalelser høyesterett kom med i saken, var imidlertid formulert så generelt at det kan være relevant også for en rent privat partskonstellasjon.

Spørsmålet i saken var om kommunen hadde krav på forsinkelsesrenter når entreprenøren hadde tilbakeholdt betaling til kommunen for et byggeområde for boliger. Begrunnelsen for å holde betalingen tilbake var at byantikvaren hadde gitt varsel om at potensialet for fornminner på byggeområdet kunne forsinke eller forhindre entreprenørens utbygging.

³¹ Ibid s. 179

³² Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 93, (5. avsnitt)

Førstvoterende uttalte innledningsvis følgende i saken:

I det foreliggende tilfelle inneholder kjøpekontrakten punkt 1 en bestemmelse om at eiendommen selges som den er, og selgeren fraskriver seg ansvaret for feil og mangler. Det kan generelt være grunn til å tolke slike bestemmelser restriktivt. Jeg viser til avhendingsloven § 3-9, som imidlertid ikke gjelder direkte for eldre kontrakter.³³

Førstvoterende benytter her anledningen til å gi uttrykk for at det generelt kan være grunn til å tolke bestemmelser som fraskriver seg ethvert ansvar for mangler restriktivt – i tråd med avhendingslovens forarbeider.

Andrevoterende - som representerte flertallet i denne saken - slutter seg til førstvoterendes argumentasjon. I sin vurdering av ansvarsfraskrivelsen uttaler dommer Gussgaard:

Når det gjelder en bestemmelse som inntatt i kjøpekontrakten punkt 1 femte ledd, kan det, som også bemerket av førstvoterende, være grunn til å tolke den restriktivt. Tolkningen må blant annet skje i lys av prinsippet om selgerens opplysningsplikt.³⁴

Dommen kan ved første øyekast se ut til å gi uttrykk for at de avtaler som inneholder generelle ansvarsfraskrivelser, generelt skal tolkes restriktivt.

Tolkningen må imidlertid sees i lys av at kjøpsavtalen var inngått før avhendingsloven, slik at de begrensninger som nå følger av § 3-9 ikke direkte kunne komme til anvendelse. Når annenvoterende i forlengelsen av sin uttalelse viser til § 3-9, kan dette tyde på at det ikke er grunn til å anta at det foreligger noen generell regel om at et «som den er»-forbehold skal tolkes innskrenkende utover det som følger av bestemmelsen. I teorien er det også argumentert for at det ikke kan legges til grunn en alminnelig regel om at «som han er»-klausuler skal tolkes innskrenkende.³⁵ I tillegg må det påpekes at Høyesterett kun uttaler at det *kan* være grunner for en slik restriktiv tolkning, ikke at det nødvendigvis *skal* være det.

³³ Rt. 1997 s. 70, s. 75 (første avsnitt)

³⁴ Rt. 1997 s. 70, s. 79 (siste avsnitt)

³⁵ Andersen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 179 og Hilde Hauge, ‘‘«Som den er»-forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel’’, *Jussens venner*, 2010 s. 255-293 (s. 266)

4 Generelt om vurderingen etter § 3-9 annet punktum

Innledningsvis i behandlingen av § 3-9 annet punktum, er det nødvendig å presisere at vurderingsmomentene som fremgår av bestemmelsen opptrer i sammenheng.

En vurdering av om en bolig er i «vesentlig ringare stand» gir ikke mening med mindre det finnes to tilstander som kan sammenlignes. I så måte må gradsvurderingen som «vesentlig» gir uttrykk for, holdes opp mot hva kjøparen hadde «grunn til å rekne med». Hva «kjøparen hadde grunn til å rekne med» vil i neste rekke måtte sees i forhold til hva «kjøpesummen» var og «tilhøva elles». En naturlig forståelse av bestemmelsen, er derfor at den gir uttrykk for en helhetsvurdering. Høyesterett har uttrykt det samme, og betegner § 3-9 annet punktum som «en skjønnsmessig helhetsvurdering.»³⁶

Når bestemmelsen likevel splittes opp i behandlingen nedenfor, er dette med den forutsatte forståelse at ingen av vilkårene i helhetsvurderingen opptrer selvstendig. En slik fremgangsmåte er imidlertid hensiktsmessig for den teoretiske fremstilling, i det den er egnet til å få frem hvilke moment som taler for den ene eller den andre løsningen. Å behandle bestemmelsen sett under ett gjennom hele fremstillingen vil gjøre det vanskelig å synliggjøre de underliggende årsakene for de slutninger som trekkes.

³⁶ Rt. 2002 s. 1425, (s. 1429) og Rt. 2007 s.1587 (avsnitt 45)

5 Inngangsvilkåret for vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

Etter § 3-9 annet punktum har eiendommen en mangel dersom den er i «vesentlig ringare stand» enn kjøperen hadde «grunn til å rekne med» ut fra «kjøpesummen» og «tilhøva elles». Ordlyden av «vesentlig ringare stand» gir uttrykk for at vurderingen er todelt.³⁷ Med dette menes at en forutsetning for at en eiendom er i «vesentlig ringare stand» enn kjøperen hadde grunn til å forvente, er at det først kan påvises at den er i «ringare stand» enn kjøperen hadde grunn til å forvente.³⁸ Med andre ord: det må påvises et negativt avvik mellom den reelle tilstand av eiendommen og kjøpers berettigede forventninger. Disse avvik kan ligge utenfor de typiske fysiske forhold, som feil ved konstruksjonen eller skadedyrangrep. Også rådighets- og rettsmangler kan vurderes etter § 3-9 annet punktum.³⁹ Først når det er fastslått at det foreligger et negativt avvik, kan det vurderes om dette avviket er «vesentlig», slik at det utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum.⁴⁰

Inngangsvilkåret for vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum er sammenlignbart med mangelvurderingen etter § 3-1 (1), som regulerer avtaler hvor det ikke er tatt et «som han er»-forbehold. Etter § 3-1 (1) har eiendommen en mangel dersom den ikke samsvarer med kravene til kvalitet, utrusting og annet som følger av avalen. Dette tilsvarer vurderingen av om en eiendom er i «ringare stand» etter § 3-9 annet punktum. I teorien er det det lagt til grunn at vurderingen etter § 3-1 (1) prinsipielt er den samme som vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum, men slik at selger har større margin å gå på ved sistnevnte.⁴¹

Når det i den videre fremstilling vises til en vesentlighetsvurdering, eller et vesentlighetskrav, er det altså vurderingen av om eiendommen var i «vesentlig ringare stand» enn kjøperen hadde grunn til å forvente det siktes til. På dette punktet i vurderingen er det altså allerede

³⁷ Hauge, «Som den er»-forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel»

³⁸ Ibid s. 274

³⁹ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92, jf. Avhl. §§ 4-17 første ledd og 4-18.

⁴⁰ Ibid s. 273

⁴¹ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 180

avklart at det foreligger et avvik mellom kjøpers berettigede forventninger og eiendommens tilstand.

I kjøpslovens forarbeider er det som en generell forutsetning lagt til grunn at misforholdet mellom kjøperens forventninger og den reelle tilstand på tingen må være «utvilsomt».⁴² Bemerkningen må sees i forhold til vesentlighetsterskelen som § 3-9 annet punktum oppstiller. Det er denne terskelen avviket mellom kjøperens berettigede forventning og eiendommens reelle tilstand må overstige. En ytterligere presisering av hva et «utvilsomt» misforhold er, finnes ikke i forarbeidene. Ordlyden av «vesentlig» avgrenser imidlertid for forhold som utgjør bagatellmessige avvik fra kjøpers forventninger. For øvrig legger ordlyden av «tilhøva elles» ingen begrensning på om det konkrete avvik i seg selv må være vesentlig. Lovteksten legger i så måte opp til at mindre avvik kan kumuleres slik at de samlet sett vurderes i forhold til vesentlighetsterskelen. Slik kumulering forekommer også i Høyesterettspraksis.⁴³ Før det kan vurderes hvorvidt den aktuelle feil når opp til denne vesentlighetsterskelen, er det imidlertid nødvendig å klargjøre hva som kan påvirke kjøpers forventninger.

⁴² Ot.prp.nr.80 (1986-187) s. 63

⁴³ Rt. 2010 s. 103 og Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen»)

6 Vurderingsmomentene etter § 3-9 annet punktum

Etter § 3-9 annet punktum foreligger det en mangel dersom en eiendom avviker vesentlig fra hva kjøper kunne forvente. Utgangspunktet for vurderingen etter § 3-9 annet punktum er dermed kjøpers forventninger. Etter lovteksten er kjøpers forventning uttrykt som det kjøperen hadde «grunn til å rekne med». Hva kjøper hadde «grunn til å rekne med» beror på de to vurderingsmoment: «kjøpesummen» og «tilhøva elles». Den følgende drøftelsen vil gjøre rede for betydningen av formuleringen «grunn til å rekne med». «Kjøpesummen» vil bli behandlet under punkt 6.2, mens «tilhøva elles» blir behandlet under 6.3

6.1 «Grunn til å rekne med»

Hva kjøper hadde «grunn til å rekne med» kan etter ordlyden forstås som hva som er påregnelig for kjøper. En slik forståelse er også lagt til grunn i rettspraksis, og juridisk teori.⁴⁴ I Rt. 2008 s. 963 (Rotte-dommen) uttales det at:

«det avgjørende for vurderingen av mangelspørsmålet blir om boligen ved overtakelsen led av upåregnelige bygningstekniske mangler av en slik art at de innebar en uakseptabel høy risiko for rotteangrep.»⁴⁵

I en dom fra Frostating ble det nylig uttalt at: «En skjult feil/mangel må være både vesentlig og upåregnelig før selger hefter for denne».⁴⁶

At kjøpers forventninger er en påregnelighetsvurdering, sier imidlertid lite om hvordan vurderingen konkret skal foretas. Hva som er påregnelige feil for kjøper av en eiendom vil kunne variere – eksempelvis i forhold til hvilken fagkunnskap han besitter. Kan slike subjektive forhold vektlegges ved påregnelighetsvurderingen?

⁴⁴ Syrstad, «Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen» s. 93, Hauge '«Som den er»-forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel» s. 277 og Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave, Bergen 1999 s. 244-245

⁴⁵ Rt. 2008 s. 1135 (avsnitt 28)

⁴⁶ LF-2014-121834 (Frostating)

6.1.1 «grunn til å rekne med» - subjektive forhold som grunnlag for to forskjellige vurderinger

Spørsmålet om det er grunnlag for å trekke inn subjektive forhold i vurderingen av kjøpers berettigede forventninger, er ikke berørt eksplisitt av lovgiver. Inntakelsen av «tilhøva elles» som et moment i vurderingen av kjøpers forventninger, må imidlertid anses for å favne så vidt at i det hvert fall åpner muligheten for subjektive forhold på kjøpersiden.

Syrstad har argumentert for at vurderingen er objektiv slik at kjøpers subjektive forventninger ikke er avgjørende.⁴⁷ Argumentasjonen er basert på grunnlag av uttalelser i lagmannsretten om at:

*«Problemstillingen er ikke om kjøperen har fått et vesentlig dårligere hus enn det han faktisk regnet med, men om det er vesentlig dårligere enn han hadde grunn til å regne med».*⁴⁸

Å trekke et slikt syn ut fra uttalelsen synes ved første øyekast noe betenkelig. Det faktum at det presiseres at kjøpers forventning må være berettigede, synes ikke å være noen absolutt hindring for at hans subjektive forventninger kan være relevante. Det kan tenkes at kjøpers subjektive forventninger som han har tilegnet seg i form av å besitte ekspertise også er berettigede.

Den overnevnte uttalelse fra lagmannsretten følges også opp ved at retten viser til at utgangspunktet for hva kjøperen hadde grunn til å regne med må baseres på opplysningene han har fått i salgsdokumentene. Vurderingen er i så måte objektiv, men konkret.⁴⁹

At kjøpers forventning skal vurderes objektivt - men konkret – får den konsekvens at den kan ta to ulike former. Den første formen tar utgangspunkt i at kjøper ikke har mottatt noen opplysninger som tilsier at han har fått grunn til bekymring med hensyn til risikoen for skjulte feil. I teorien har dette blitt betegnet som «den rene vesentlighetsvurdering».⁵⁰ Den andre formen vil gjelde der hvor kjøper har mottatt opplysninger som har gitt ham grunn til bekymring med hensyn til risikoen for skjulte feil. Da befinner man seg utenfor «den rene vesentlighetsvurdering».

⁴⁷ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 182

⁴⁸ LE-2005-165841 (Eidsivating)

⁴⁹ Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom* s. 42

⁵⁰ Syrstad, *Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen* s. 93

6.1.2 Hva er påregnelig for kjøper?

Når det er avklart at «grunn til å rekne med» gir uttrykk for en påregnelighetsvurdering, blir spørsmålet:

Hva er påregnelig for kjøper?

Spørsmålet må besvares i forhold til de to vurderingene som ble oppstilt under punkt 6.1.1. Med dette menes at spørsmålet om en feil er påregnelig får et annet innhold for den rene vesentlighetsvurdering, enn for de forhold som faller utenfor den rene vesentlighetsvurdering.

6.1.2.1 Innenfor den rene vesentlighetsvurdering

For den rene vesentlighetsvurdering er en feil påregnelig dersom eiendommens alder, type, innretning og synbare tilstand tilsier at en alminnelig forstandig person måtte forvente en risiko for slike feil. For denne vurderingen er det i så måte mulig å vurdere forventningsnivået generelt.

I denne sammenheng er uttalelser i Rt. 2010 s. 103 illustrerende. Saken gjaldt krav om prisavslag etter avhendingslovens § 3-9 annet punktum, grunnet feil ved isolasjonen. I saken hadde ikke kjøper fått noen opplysninger utenfor det generelle «som den er»-forbeholdet, som gav ham grunn til bekymring med hensyn til risikoen for at isolasjonen ved eiendommen var mangelfull. Retten kom enstemmig til at feilen ikke oppfylte vesentlighetskravet etter § 3-9 annet punktum.

Om det generelle forventningsnivået til eiendommen sluttet førstvoterende seg til følgende uttalelser fra lagmannsretten:

«Etter lagmannsrettens vurdering er det også påregnelig at en brukt, eldre bolig ikke på ethvert punkt oppfyller kravet til god håndverksskikk og byggeforskrifter. Slike avvik ved en eldre brukt bolig, uten at forholdet gir seg utslag i funksjonssvikt, vil etter omstendighetene ikke i seg selv representere mangler ved eiendommen (...).»

Uttalelsen kan forstås slik at en feil ved en brukt eldre eiendom kan være påregnelig til tross for at feilen innebærer brudd på kravet til god håndverksskikk, og/eller er i strid med byggeforskrifter. En antitetisk tolkning av denne uttalelsen tilsier at dette stiller seg

annerledes ved en ny bolig, hvorefter forventningene til at eiendommen er oppført i henhold til kravet om god håndverksskikk, og byggeforskrifter, vil være høyere. Ved slike forhold vil eventuelle avvik i mindre grad være påregnelige. En nøyaktig avgrensning for hva som utgjør en ny eiendom er ikke mulig å oppstille. Heller må det legges til grunn en glidende overgang. Eiendommens alder som et moment i helhetsvurderingen blir for øvrig behandlet nærmere under punkt 6.3.1. Til sist kan uttalelsen forstås som et uttrykk for at feil som gir seg utslag i en funksjonssvikt, vanligvis vil være vesentlige. Sistnevnte forhold gjennomgås nærmere under punkt 6.4.

6.1.3.2 Utenfor den rene vesentlighetsvurdering

Der hvor man befinner seg utenfor den rene vesentlighetsvurdering, er det tilnærmet umulig å komme med en generell vurdering av forventningsnivået. Dette skyldes at avskjæringen mellom de feil som er påregnelige og de feil som ikke er påregnelige avhenger av de konkrete opplysninger kjøper har mottatt. I denne sammenheng er betegnelsen under punkt 6.1.1 av en objektiv, men konkret vurdering, spesielt treffende.

Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») er illustrerende for hvordan spørsmålet om påregnelighet stiller seg utenfor den rene vesentlighetsvurdering. Spørsmålet i saken var om problemer med vanninntrenging – som selger hadde opplyst om - utgjorde en mangel etter § 3-9 annet punktum. Spørsmålet kom på spissen fordi utbedringskostnadene viste seg å bli høyere enn antatt. I saken var det ikke inntatt et «som den er»-forbehold i avtalen, men retten fant likevel at § 3-9 annet punktum dekket forholdet». Problemstillingen ble formulert slik:

«Spørsmålet er om kjøperne må ha risikoen for at de ikke fikk foretatt nærmere undersøkelser, eventuelt ha risikoen for at de ikke tok forbehold ved inngåelsen av avtalen».⁵¹

Når Høyesterett her vurderer hvorvidt risikoen for manglende undersøkelser skal pålegges kjøper, er dette fordi det allerede var avklart at undersøkelser med fagmann ville ha avdekket både årsaken til feilen og kostnadene ved utbedring.⁵² I så måte gir retten uttrykk for at feilen ville ha vært påregnelig for kjøper, dersom han foretok undersøkelsene. Når selger ettertrykkelig hadde opplyst om en feil som gav kjøper grunn til bekymring, og oppfordret

⁵¹ Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») (s. 1431)

⁵² Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») (s. 1431)

han til å foreta undersøkelser med fagmann,⁵³ måtte problemstillingen besvares bekreftende slik at kjøper måtte bære risikoen for vanninntrengingen.

Problemstillingen som Høyesterett formulerte i Rt. 2002 s. 1425 («*Bukkebo-dommen*»), ligger tett opp til en vurdering av kjøpers undersøkelsesplikt. Etter § 3-10 (2) kan kjøperen ikke gjøre gjeldende en mangel som han burde ha vært kjent med, dersom han uten rimelig grunn har latt være å følge en oppfordring fra selger om undersøking. I saken hadde selger gitt en slik oppfordring som kjøper hadde unnlatt å følge opp. I så måte er det nærliggende å tenke at saken ville ha fått samme utfall også hvis Høyesterett hadde foretatt en alternativ vurdering etter § 3-10.

En naturlig slutning å trekke fra dette, er at påregnelighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum innebærer et aktsomhetskrav som aktualiseres der man befinner seg utenfor den rene vesentlighetsvurdering. Dommen ser i så måte ut til å gi uttrykk for at kjøpers undersøkelsesplikt er innfortolket i helhetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum. I juridisk teori er en lignende forståelse beskrevet som at «(...) kjøpers undersøkelser influerer på vesentlighetsterskelen».⁵⁴ Resultatet av en slik innfortolkning er at en feil er påregnelig for kjøper der hvor selgers opplysninger har gitt ham oppfordring til å foreta undersøker, hvoretter undersøkelsene – dersom de ble utført - ville ha avdekket feilen.

Dommen gir imidlertid ingen avklaring for de tilfeller hvor selger har gitt kjøper oppfordring til å undersøke feilen, men hvor en nærmere undersøkelse ikke ville ha avdekket denne, kun delvis ville ha avdekket den, eller det måtte ha blitt foretatt inngripende (og kostnadsdrivende) undersøkelser for å avdekke den.

En nærliggende tolkning ved slike tilfeller er at den delen av feil som ikke kunne avdekkes med undersøkelser, må anses for å falle utenfor det påregnelige. En slik tolkning er i tråd med undersøkelsesplikten etter § 3-10 (2), som fritar selger for ansvaret dersom det gjelder en feil som kjøperen «burde vært kjent med ved undersøkinga». Dersom en undersøkelse ikke ville avdekket feilen, er det heller ikke noe han «burde vært kjent med ved undersøkinga». Mer om denne problemstillingen følger under punkt 6.3.2.2. om betydningen av opplysninger i salgsdokumenter som er direkte knyttet til det forhold mangelen gjelder.

⁵³ Rt. 2002 s. 1425 («*Bukkebo-dommen*») (s. 1431)

⁵⁴ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, s. 207

6.2 Kjøpers forventninger – «kjøpesummen»

I foregående avsnitt ble det vist at «grunn til å rekne med» gir uttrykk for en påregnelighetsvurdering. Innholdet i denne påregnelighetsvurderingen, er av lovgiver fastsatt som de to moment «kjøpesummen» og «tilhøva elles».

«Kjøpesummen» framstår etter ordlyden som en simpel kvalitativ vurdering. Ordlyden i seg selv gir ingen veiledning i forhold til hvilken vekt vurderingsmomentet skal ha. Forarbeidene gir heller ingen veiledning i denne sammenheng.

Det kan imidlertid argumenteres for at lovgivers valg om å innføre «kjøpesummen» som et eget vurderingsmoment, tilsier at «kjøpesummen» er spesielt tungtveiende. Dette begrunnes med at kjøpesummen også kan innfortolkes i alternativet «tilhøva elles». Dersom dette ikke var lovgivers hensikt, kunne «kjøpesummen» vært utelatt fra lovteksten. Det bemerkes imidlertid at en slik tankegang ikke ser ut til å ha blitt framsatt i juridisk teori.

6.2.1 Den legislative begrunnelsen for «kjøpesummen» som et moment i vurderingen av kjøpers forventninger

En legislativ begrunnelse for at «kjøpesummen» er inntatt i vurderingen etter § 3-9 annet punktum, følger verken av forarbeidene til avhendingsloven, eller kjøpsloven. I juridisk teori er det argumentert for at begrunnelsen bunner i at kjøpesummen gir kjøper berettigede forventninger med hensyn til kontraktsgjenstandens kvaliteter.⁵⁵ Som eksempel nevnes det at en bilkjøper som gir en høy pris for en bruktbil – sammenlignet med tilsvarende biler – gir kjøper en berettiget forventning om at bilen ikke er i dårligere stand enn hva som typisk kan forventes ut fra bilens alder og kjørelengde. Denne argumentasjonen er i tråd med det generelle utgangspunktet for kjøpsretten, hvorefter høy pris normalt tilsier et krav om bedre vare.⁵⁶

En innvending til dette er at tilsvarende argumentasjon ikke er like treffende for kjøp av fast eiendom som for kjøp av ting generelt. Dette begrunnes med at det er vanskeligere å finne en nøyaktig sammenligning for fast eiendom enn det er for biler. Selv om to eiendommer er kjøpt i samme marked (tidsmessig), har tilsvarende beliggenhet, og er av samme størrelse og

⁵⁵ Hauge, ''Som den er»-forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel'' s. 277

⁵⁶ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 184.

standard, kan fortsatt særegenheter ved eiendommene tilsi at de ikke gir et godt sammenligningsgrunnlag. Eksempelvis kan naboforhold og utsikt ha innvirkning på kjøpesummen for en eiendom, selv om alle andre forhold er like. For kjøp av en bil vil bilens tilstand alene i større grad reflektere den endelige kjøpesummen.

En alternativ legislativ begrunnelse for at kjøpesummen er relevant for mangelvurderingen etter § 3-9 annet punktum, er at kjøpesummen gir kjøper mulighet til å innkalkulere risikoen for eventuelle feil. Konsekvensen av en slik argumentasjon er at kjøper gjennom kjøpesummen har inngått en avtale hvoretter prisen reflekterer hans forventninger. En «lav» pris vil da reflektere at kjøper ønsket å ta høyde for risikoen for eventuelle mangler i forkant av kjøpet.

En slik forståelse av «kjøpesummen» resulterer i et annet forhold mellom årsak og virkning for kjøpesum og berettigede forventninger, enn den først omtalte legislative begrunnelse. Etter førstnevnte legislative begrunnelse vil prisen på eiendommen gi kjøper en berettiget forventning om eiendommens tilstand. Etter den alternative argumentasjonen, vil kjøpers berettigede forventninger være grunnlaget for kjøpesummen - ikke et resultat av den.

Dersom man følger sistnevnte argumentasjon, kan kjøpesummen – i hvert fall ved noen tilfeller - vanskelig sies å være et særlig tungtveiende moment i forhold til hva kjøper var berettiget til å forvente. Dersom kjøpesummen var et uttrykk for de berettigede forventninger kjøper hadde i forkant av kjøpet, så kan ikke størrelsen på kjøpesummen på selvstendig grunnlag ha påvirket disse i etterkant. En slik alternativ legislativ begrunnelse for inntakelsen av «kjøpesummen» som vurderingsmoment ser imidlertid ikke ut til å ha støtte i juridisk teori.

6.2.2 «Kjøpesummen» - det kvantitative element.

Etter rettspraksis har det ved flere anledninger blitt uttalt at «kjøpesummen» utgjør det kvantitative element av vesentlighetskravet.⁵⁷ Med dette menes at kostnaden feilen utgjør må overstige en viss terskel for at eiendommen kan ha en mangel etter § 3-9 annet punktum. Etter rettspraksis har denne terskelen blitt satt ved en sammenligning av utbedringskostnadene ved feilen, og den totale kjøpesummen ved eiendommen.⁵⁸ Eksempelvis vil en eiendom som har en kjøpesum på 2.000.000,- og en feil som innebærer en utbedringskostnad på kroner

⁵⁷ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 40), og Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebodommen») (s.1430)

⁵⁸ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 43)

150.000,- ha en prosentmessig utbedringskostnad på 7.5 %. Det er denne prosentmessige kostnaden som må overstige terskelen for det kvantitative element. Beregningen og terskelverdien som er satt etter rettspraksis, har i ettertid blitt døpt: prosentlæren.

I henhold til hvor terskelen for å oppfylle det kvantitative element befinner seg, er Rt. 2010 s. 103 spesielt belysende. I saken vurderte Høyesterett hvorvidt 3,36 % var tilstrekkelig til å overstige terskelen, slik at det kvantitative element var oppfylt. I dommen går førstvoterende gjennom de tidligere Høyesterettsdommer som har foretatt tilsvarende vurderinger.

Førstvoterende viser først til avgjørelsen i Bukkebo-dommen, hvoretter en utbedringskostnad på 7 % av kjøpesummen rent kvantitativt utvilsomt var tilstrekkelig til feilen var for å anse som vesentlig.⁵⁹

Førstvoterende bemerker videre at avgjørelsen i Avvisningsrett-dommen:

*«(...) ikke (gir) grunnlag for å oppstille en generell norm om at utbedringskostnader som utgjør 3-4 prosent av kjøpesummen, er tilstrekkelig til at det kvantitative element i vesentlighetskravet er oppfylt».*⁶⁰

Som en ytterligere spesifisering til disse bemerkningene uttaler førstvoterende følgende:

«I de to avgjørelsene jeg nettopp har nevnt (Bukkebo-dommen og Avvisningsretts-dommen) spenner de utbedringskostnadene Høyesterett har uttalt kan være tilstrekkelige, fra om lag tre prosent til om lag seks prosent av kjøpesummen; alt avhengig av boligens karakter og standard. Etter mitt syn innebærer vesentlighetskravet at utbedringskostnadene – som et utgangspunkt – må ligge i den øvre del av dette spennet.»

Utgangspunktet ser etter dette ut til at en utbedringskostnad i den øvre del av spennet 3-6 % vil tilfredsstille det kvantitative element. Om dette utgangspunktet går retten så over til å uttale følgende:

«De to rettsavgjørelsene jeg har vært inne på (Bukkebo-dommen og Avvisningsretts-dommen) viser imidlertid at prosentberegninger ikke er noe annet enn et utgangspunkt for en helhetsvurdering der også andre forhold er av betydning for vesentlighetsspørsmålet, slik som salgssituasjonen, feilens art

⁵⁹ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 43), jf. Rt. 2002. 1425 (s. 1430)

⁶⁰ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 45)

og betydning og boligens karakter og standard. Vesentlighetskravet behøver i lys av slike forhold altså ikke være oppfylt selv om utbedringskostnadene skulle overstige en veiledende terskel. Motsatt kan vesentlighetskravet være oppfylt – slik som i avvisningsrettsdommen – selv om utbedringskostnadene ligger under en slik terskel. Det skal riktignok mye til.»

Etter dette faller Høyesterett tilbake på utgangspunktet for vurderingen av § 3-9 annet punktum, hvorefter vurderingen foretas helhetlig. Dersom et moment taler mot at vesentlighetskravet er oppfylt, kan andre moment som taler for, bøte på dette. I så måte må terskelen som Høyesterett har oppstilt i Rt. 2010 s.103 forstås som utgangspunktet for vesentlighetsvurderingen. Dette utgangspunktet kan fravikes, dersom det foreligger forhold som taler sterkt for dette. Et typisk slikt forhold følger av Rt.2007 s.1587 (Avvisningsrettsdommen), hvorefter utbedringskostnaden som utgjorde 3,36 % av kjøpesummen var tilstrekkelig, med den begrunnelse at eiendommen var nesten ny, og av høy standard. Dersom slike forhold ikke foreligger, er imidlertid utgangspunktet at det kvantitative element i vesentlighetskravet er oppfylt først ved ca. 5 %.⁶¹

6.2.2.1 Eksisterer det en absolutt nedre prosentterskel som utbedringskostnadene må overstige i forhold til «kjøpesummen» for å konstatere mangel etter § 3-9 annet punktum?

Argumentasjonen rundt terskelverdien i Rt. 2010 s.103 var enkel å følge. Utgangspunktet etter Rt. 2007 s. 1587 («Avvisningsrettsdommen») var at en prosentsats på 3,23 prosent under tvil ble funnet til å oppfylle vesentlighetskravet etter § 3-9 annet punktum.⁶² Dette gav Høyesterett et lavere sjikt hvorefter det skal «mye til» for at vesentlighetskravet kan være oppfylt.⁶³ I så måte oppstilte Rt. 2007 s. 1587 («Avvisningsrettdommen») utgangspunktet for den nedre grense.

Spørsmålet er imidlertid hvordan utgangspunktet i Rt. 2007 s. 1587 kom til?

⁶¹ Harald Benestad Anderssen, ‘‘Leder: En ny tidsregning i avhendingsretten’’, *Lov og Rett*, 2010 s. 113-114 (s. 113)

⁶² Rt. 2010 s. 103 avsnitt 45-51 jf. Rt. 2007 s. 1587 («Avvisningsrettsdommen») avsnitt 46-47

⁶³ Rt. 2010 s. 103 avsnitt 51

I juridisk teori er det argumentert for at dette utgangspunktet skyldes bemerkninger i RG-1996-435 (Frostating).⁶⁴ Etter dommen var utbedringskostnader som utgjorde ca. 2.7 % av kjøpesummen ikke for mangel å regne etter § 3-9 annet punktum.⁶⁵ En slik argumentasjon stemmer overens med den terskelen Høyesterett har tatt utgangspunkt i over senere rettspraksis.

I dommen fra Frostating uttalte lagmannsretten imidlertid aldri at det kvantitative element av vesentlighetskravet ikke var oppfylt.⁶⁶ I sin konklusjon viste lagmannsretten heller til at vesentlighetskravet som helhet ikke var oppfylt. Dette må forstås slik at den samlede vurdering - som inneholder både det kvantitative og det kvalitative element - ikke tilsa at vesentlighetskravet var oppfylt. Dette trenger ikke nødvendigvis bety at det kvantitative element av vesentlighetskravet – på tidspunktet da dommen ble avsagt – ikke var oppfylt.

I så måte kunne dommen fra lagmannsretten ikke tas til inntekt for at utbedringskostnader ved 2,7 % for alle tilfeller utelukker mangel etter § 3-9 annet punktum. At dette ikke kan være tilfellet underbygges av at lagmannsretten var noe i tvil om avgjørelsen.⁶⁷ Dette tilsier at det finnes muligheter for at en mangel kan foreligge etter § 3-9 annet punktum, selv ved en slik prosentsats. En slik tolkning vil også være i tråd med den helhetlige vurdering som § 3-9 annet punktum legger opp til.

I tillegg påpekte lagmannsretten at det ved avgjørelsen ble sett hen til at: «(...) *man ved hus av denne alder alltid må være forberedt på skjulte feil*».

Uttalelsen viser til påregneligheten av de konkrete feil som forelå. Dette kan forstås som at retten anså de forhold som gjaldt det kvalitative element, slik at det enten: ikke var grunnlag for i det hele tatt å foreta en vesentlighetsvurdering, eller: at det kvalitative element talte for at det ikke forelå et vesentlig avvik mellom kjøpers forventning og eiendommens reelle tilstand.

Ved alle tolkninger må det imidlertid kunne argumenteres for at avgjørelsen etter RG-1996-436 Frostating ikke kan tas til inntekt for noen absolutt grense, hvorefter utbedringskostnader som utgjør mindre enn ca. 3 % av kjøpesummen aldri kan utgjøre en mangel etter § 3-9 annet punktum. Dette må også Høyesterett antas å være samstemte om, etter gjentatte bemerkninger

⁶⁴ Trygve Bergsåker, “«(Høyesterettsdom om avhendingsloven – Rt-2010-103)»”, *Nytt i privatretten* nr.2, 2010 s-17-18 (s. 18)

⁶⁵ RG-1996-435 (Frostating)

⁶⁶ RG-1996-435 (Frostating)

⁶⁷ RG-1996-435 (Frostating) (avsnitt 13)

om at betydningen av slike prosentsatser ikke er noe annet enn utgangspunktet for helhetsvurderingen.⁶⁸

6.3 Kjøpers forventninger – «tilhøva elles»

Etter å ha vurdert i hvilken retning momentet «kjøpesummen» har påvirket kjøpers forventninger, må det sees hen til «tilhøva elles». Som ved «kjøpesummen» må også «tilhøva elles» sees i forhold til påregneligheten av eventuelle feil. Dersom «tilhøva elles» tilsier at skjulte feil generelt er mer påregnelig for kjøperen, skal det mer til for at en feil er vesentlig, slik at den utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum.

Ordlyden av «tilhøva elles» tilsier at alle omstendigheter rundt avtaleinngåelsen inngår i vurderingen.⁶⁹ Verken avhendingslovens, eller kjøpslovens forarbeider gir noen videre veiledning for avgrensningen av vilkåret. For å fastsette innholdet i vilkåret er det derfor nødvendig å se hen til andre rettskilder.

Etter rettspraksis er «tilhøva elles» omtalt som det kvalitative element av kjøperens forventning.⁷⁰ En uttømmende oppstilling av de relevante moment lar seg ikke gjøre med hensyn til vilkårets vage utforming, men moment som typisk tillegges betydning etter rettspraksis, er: boligens alder og tilstand, opplysninger om eiendommen i salgsdokumentene og andre opplysninger fra selger, samt kjøpers undersøkelser. Den videre fremstillingen vil presentere betydningen av disse forhold for den samlede vesentlighetsvurderingen.

6.3.1 «Tilhøva elles» – boligens alder

I Rt. 2010 s. 103 sluttet som tidligere nevnt Høyesterett seg til følgende generelle uttalelser fra lagmannsretten angående forventningsnivået ved eldre boliger:

«Etter lagmannsrettens vurdering er det også påregnelig at en brukt, eldre bolig ikke på ethvert punkt oppfyller alle krav til god håndverksskikk og byggeforskrifter. Slike avvik ved en eldre brukt bolig, uten at forholdet gir seg

⁶⁸ Jf. Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 51) og Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») (s. 1430)

⁶⁹ Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*, (2002) (s.42)

⁷⁰ Rt. 2010 s.103 (avsnitt 39). Også omtalt i juridisk teori, se Bergsåker '«Høyesterettsdom om avhendingsloven – Rt-2010-103»' s. 17-18

utslag i funksjonssvikt, vil etter omstendighetene ikke i seg selv representere mangler ved eiendommen i rettslig forstand.»⁷¹

Uttalelsen viser at boligens alder er et sentralt moment ved fastsettelsen av kjøpers forventning. Den må forstås slik at brudd på god håndverksskikk og byggeforskrifter ikke nødvendigvis medfører mangel etter § 3-9 annet punktum, dersom det gjelder en eldre, brukt bolig. Eller formulert annerledes: det vil i større grad være påregnelig for kjøper at kravene til god håndverksskikk og byggeforskrifter ikke er oppfylt ved eldre boliger. I juridisk teori er forholdet mellom boligens alder og kjøpers forventning formulert slik at: «feil med eiendommen er mer påregnelig jo eldre den blir (...)»⁷² Dette medfører at det skal mer til for at en feil er vesentlig etter § 3-9 annet punktum, jo eldre eiendommen er.

6.3.1.1 Boligens alder – åpner momentet opp for anvendelse av levetidsbetraktninger?

En generell vurdering av boligens alder vil være lite anvendelig for tilfeller hvor deler av boligen er renovert eller pusset opp på forskjellige tidspunkt. Til dette kan det tilføyes at slike tilfeller utgjør hovedregelen, heller enn unntaket. Et eksempel vil være illustrerende.

En bolig er bygget i 1970, mens badet er totalrenovert i 2015. For dette tilfellet vil ikke de generelle uttalelsene om hva som er påregnelig for en eldre eiendom være særlig treffende for en feil som gjelder baderommet.

For slike tilfeller skal vurderingen etter rettspraksis knyttes til den konkrete bestanddelen (baderommet ved eksempelet), heller enn boligen som helhet.⁷³ I denne forbindelse har det i juridisk teori vært vist til levetidsbetraktninger om bygningskomponenter.⁷⁴ Slike betraktninger innebærer standarder for teknisk levetid for ulike komponenter. I Norge gir Byggforsk ut oversikter som beskriver det vedlikehold komponentene bør ha, og de anbefalte intervaller for vedlikehold og utskiftning, avhengig av stor klima og miljøpåkjenning bygget utsette for.⁷⁵

⁷¹ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 50)

⁷² Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 190

⁷³ RG-2003-1513 (Borgarting)

⁷⁴ Syrstad, s. 93

⁷⁵ SINTEF, Byggforsk 600.004, Byggforsk 620.015.

Syrstad argumenter for at disse levetidsbetraktninger ikke kan få avgjørende betydning i forhold til om en feil er påregnelig. Levetidsbetraktningene er ment som anbefalinger i forhold til vedlikeholdsarbeid, og at bygningsdeler gjerne vil ha en langt lenger reell levetid enn det tabellene gir uttrykk for. Videre er standardene utarbeidet for å gi veiledning til byggeindustrien, ikke med den hensikt at de skal tjene som grunnlag for å løse juridisk spørsmål om mangler.

Levetidsbetraktningene må likevel antas å kunne være et relevant moment i vurderingen av kjøpers berettigede forventninger. Et eksempel kan være illustrerende:

Det foreligger en feil ved en 60 år gammel eiendom som knytter seg til taksteinen. Taket har blitt vedlikeholdt etter boligen ble satt opp, slik at taksteinen er 10 år gammel. Etter byggindustriens standard har den typen takstein som er lagt en levetid på 30 år (*fiktiv standard*). Selger anfører så at feilen var påregnelig, ettersom en feil ved taksteinen ligger innenfor hva kjøper måtte forvente ved kjøp av eldre bolig, slik at den ikke utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum.

I denne situasjonen vil en slik anførsel vanskelig kunne føre frem. Kjøper vil med god faglig begrunnelse kunne argumentere for at mangelen ved taksteinen ikke var påregnelig, basert på at vedlikeholdsarbeid etter byggindustriens standarder vanligvis ikke skal være nødvendig før om 20 år.

Betraktningene kan imidlertid ikke forstås slik at feilen ved taksteinen automatisk *er* påregnelig etter 31 år, med den begrunnelse at levetiden etter er utløpt. En slik argumentasjon er ikke holdbar sett opp mot standardenes veiledende funksjon, som innebærer en slingringsmonn. Levetiden som standarden gir uttrykk for, er ikke ment absolutt.

Ei heller kan eksempelet forstås slik at en feil som har oppstått lenge før den burde (i forhold til levetidsbetraktningene), automatisk medfører at feilen går utenfor det som var påregnelig for kjøper. En slik slutning vil stride med den helhetlige vurdering som § 3-9 annet punktum legger opp til.

Etter Høyesterettspraksis ser denne typen argumentasjon ut til å være fraværende. I dommene som behandler § 3-9 annet punktum er boligens alder først og fremst vurdert på generelt grunnlag, med klassifiseringer som «nesten ny», eller «eldre», uten henvisninger til levetidsbetraktninger. Det er likevel ikke grunnlag for å utelukke levetidsbetraktninger som et

moment i helhetsvurderingen. En mer naturlig tanke er at levetidsbetraktningene vil være relevante for vurderingen hvis feilen oppstår på en del av eiendommen som kjøper kan ha oppjusterte forventninger til. En alternativ forståelse kan være at levetidsbetraktningene har inngått implisitt i vurderingen av eiendommens alder. Levetidsbetraktninger har for øvrig blitt akseptert som et moment i vurderingen etter underettspraksis.⁷⁶

6.3.2 «Tilhøva elles» - boligens tilstand

I utgangspunktet er det en nær sammenheng mellom boligens alder og boligens tilstand. En eldre bolig vil vanligvis være i en tilstand deretter. Behandlingen av 6.3.1.1 ovenfor illustrerer imidlertid at en slik sammenheng ikke nødvendigvis må foreligge. Dette vil spesielt være relevant dersom eiendommen – helt eller delvis - har vært gjenstand for oppussing eller renovasjon. For slike tilfeller kan det tenkes at eiendommens tilstand gir et mer presist utgangspunkt for vurderingen av kjøpers berettigede forventninger, enn det boligens alder gjør.

Ettersom momentet knytter seg til «tilhøva elles» - som en del av kjøpers berettigede forventning - er det den tilstand eiendommen har blitt fremstilt for å være i for kjøper som skal vurderes. Av denne grunn vil vurderingen til en viss grad gli over i en vurdering av kjøpers undersøkelser.

Dette er også lagt til grunn i RG. 2003 s. 718 (Borgarting).⁷⁷ Dommen gjaldt riktignok avtale om næringseiendom med to profesjonelle parter, men forskjellen i forhold til private parter vil først og fremst være at kravene som stilles til kjøpers undersøkelser kan være strengere når denne er en profesjonell part, ikke vurderingens innhold i seg selv.

Boligens tilstand – slik den fremstår for kjøper - vil i all hovedsak bero på to moment. Informasjon kjøperen har fått - typisk av selger (eller hans representant) - og hvordan eiendommen fremstod når/hvis kjøperen besiktiget eiendommen.

Der hvor disse moment gir uttrykk for at det dreier seg om en bygning som er slitt, av lav standard og generelt har hatt manglende vedlikehold, vil skjulte feil i større grad være påregnelige. Det medfører at det skal det mye til for at disse feil er vesentlige etter § 3-9 annet punktum.

⁷⁶ Eksempelvis LG-2006-49897 (Gulating) og LE-2001-656 (Eidsivating) mm.

⁷⁷ RG-2003-718 (Borgarting)

Eksempelvis ble det uttalt i en avgjørelse fra Gulating at:

«Bærer boligen preg av mangelfullt vedlikehold kan dette være en indikator på at det også må forventes skjulte mangler. Det samme gjelder den håndverksmessige utførelse av synbare bygningsdetaljer.»⁷⁸

Motsatt i Rt. 2007 s. 1587 («Avvisningsretts-dommen») hvor det ble uttalt at:

«Når jeg likevel er kommet til at det foreligger en mangel etter bestemmelsen, skyldes det at det dreier seg om en nesten ny leilighet av høy standard...»

6.3.2.1 «Tilhøva elles» - boligens tilstand – betydningen av opplysninger i salgsdokumenter

Med salgsdokumenter menes her all skriftlig informasjon som kjøper har fått tilgang til ved kjøpsavtalen. Eksempler på dette kan være salgsprospekt, kjøpsavtale, tilstandsrapport, takstrapport, egenerklæring mm.

Etter rettspraksis er det utledet et skille for de opplysninger som er ment for å gi en reell redegjørelse for boligens tilstand, og opplysninger som må tolkes i lys av å være salgsfremmende. Typisk for dette er salgsopplysninger i et prospekt om at leiligheten er luksuriøs, lekker, moderne, eller lignende.

Et eksempel finner man i Rt. 2010 s. 103 hvor førstvoterende uttaler følgende:

«Jeg kan ikke se at opplysningene i salgsprospektet om at boligen «fremstår som meget velholdt med hovedsakelig opprinnelig standard», endrer disse utgangspunktene (henvisning til tidligere uttalelse om at en brukt, eldre bolig ikke på ethvert punkt oppfyller alle krav til god håndverksskikk og byggeforskrifter) og gir grunnlag for noen høyere forventninger hos kjøperne. Passusen gir kun en beskrivelse av hvordan boligen fremstår på overflaten.»⁷⁹

En tilsvarende uttalelse ble også gitt i Rt. 2008 s. 963 («Rotte-dommen»), hvoretter førstvoterende uttalte:

⁷⁸ LG-2006-148629 (Gulating)

⁷⁹ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 55)

«I salgsoppgaven heter det at det er en pent «oppusset og innholdsrik og funksjonell bolig med gjennomgående høy bygningsmessig standard». Det er imidlertid – naturlig nok – ingen steder i salgsdokumentene uttalelser som er mer direkte knyttet til de forhold som er aktuelle i denne saken. Etter min mening har konkrete omstendigheter knyttet til markedsføringen av boligen i dette tilfellet liten selvstendig betydning når det skal tas stilling til hvilke forventninger kjøperne kunne ha til boligen»⁸⁰

Høyesterett ser altså ut til å gi et unntak for opplysninger som er tillagt salgsdokumentene i ren markedsføringsøyemed – i hvert fall der hvor opplysningene ikke direkte kan knyttes til det forhold mangelen gjelder. Slike opplysninger vil altså ikke medføre at selgers forventninger i forhold til skjulte feil kan oppjusteres, med den konsekvens at de aktuelle feil i større grad vil være upåregnelige, og i neste omgang vesentlige.

En naturlig konsekvens av en slik tolkning, innebærer at salgsdokumenter med opplysninger som kan knyttes direkte til det forhold mangelen gjelder, ikke er unntatt.

6.3.2.2 «Tilhøva elles» - forholdet mellom opplysninger fra selger og kjøpers undersøkelser

Rt. 2002 s. 1425 (*Bukkebo*-dommen) illustrerer konsekvensen av at selger har gitt informasjon som er direkte knyttet til det forhold mangelen gjelder.⁸¹ I dommen hadde selger ettertrykkelig påpekt forholdet som senere ble anført som mangel - nemlig vanninntregning - i både salgsoppgave, takst-rapport og egenerklæring. I tillegg hadde han oppfordret kjøper til å foreta ytterligere undersøkelser med fagmenn.

Resultatet av at disse opplysningene ble gitt, var at det avgjørende spørsmål for retten ble om kjøperen måtte bære risikoen for at de ikke foretok slike nærmere undersøkelser, eller for at de inngikk avtalen uten forbehold.

Når Høyesterett spør hvem som må bære risikoen for at undersøkelsene ikke ble tatt, er dette med en forutsetning om at undersøkelsene ville ha avdekket mangelen.⁸² Forutsetningen for Høyesterett er i så måte at mangelen ville ha vært påregnelig for kjøper, dersom han hadde reagert på selgers oppfordring. Dersom mangelen er påregnelig for kjøper, foreligger det ikke

⁸⁰ Rt. 2008 s. 963 («Rottedommen») (avsnitt 30)

⁸¹ Rt. 2002 s. 1425 (*Bukkebo*-dommen)

⁸² Rt. 2002 s. 1425 (*Bukkebo*-dommen), s. 1429-1430.

et avvik mellom hans berettigede forventninger, og den reelle tilstanden på eiendommen. I så måte kan avgjørelsen sees på som et utslag av kjøpers undersøkelsesplikt etter § 3-10 (2), eller en innfortolkning av denne, slik som beskrevet under punkt 6.1.3.2.

Vurderingen det her vises til er imidlertid ikke et moment i vesentlighetsvurderingen. Heller er det et avgjørende moment for om det i det hele tatt foreligger et avvik. I så måte knytter opplysningene seg til om det tidligere omtalte inngangsvilkåret etter § 3-9 annet punktum er oppfylt.⁸³ Dette gir også førstvoterende uttrykk for i sin konklusjon, hvor han uttaler at «(...) feilene ikke representerer noen mangel i avhendingslovens forstand». Uttalelsen kan riktignok også forstås som at vesentlighetskravet ikke er oppfylt, men dersom dette var meningen er det mer nærliggende å tenke seg til at retten hadde konkludert med at det kvalitative kravet i vesentlighetskravet ikke var oppfylt.

I lys av dette kan det trekkes noen generelle slutninger. Utgangspunktet ser ut til å være at kjøperen må bære risikoen for å ha unnlatt å foreta undersøkelser, der hvor selger har gitt ham en oppfordring til dette. Dette kan sees på som at undersøkelsesplikten realiseres. En forutsetning for en slik slutning er imidlertid at undersøkelsene faktisk ville ha avdekket mangelen.

Et eksempel på at undersøkelsene ikke ville ha avdekket mangelen, forelå i Rt. 2008 s. 963 («Rottedommen»). Saken gjaldt problemer med rotter i en krypkjeller. I takst-dokumentet var det uttrykkelig uttalt at «Ikke utgravd kjeller er ikke inspirert». Førstvoterende argumenterte for at dette momentet i takst-dokumentet ble tillagt for stor vekt, når lagmannsretten gav uttrykk for at kjøperne hadde tatt: «en bevisst sjanse ved å kjøpe huset uten i det hele tatt å vite noe om tilstanden i krypkjelleren».⁸⁴ Ved lagmannsrettens avgjørelse førte dette til at kjøperne måtte bære risikoen for: «de bygningstekniske svakhetene i krypkjelleren, og dermed også den økte risikoen for rotteangrep disse svakhetene innebar».⁸⁵

Etter Høyesteretts argumentasjon, var en slik bemerkning:

«(...) ikke noen indikasjon på at det var spesiell grunn til å være bekymret for krypkjelleren. Saken står – slik jeg ser det – i en annen stilling enn i saken i RT-2002-1425 («Bukkebo-dommen»). Og videre: «Jeg tilføyer at det ikke ville

⁸³ Beskrevet under punkt 5 i oppgaven

⁸⁴ Rt. 2008 s. 963 (avsnitt 34)

⁸⁵ Rt. 2008 s. 963 (avsnitt 35)

*vært mulig å foreta en inspeksjon av krypkjelleren uten å foreta et inngrep i bygningsmassen».*⁸⁶

Skillet som førstvoterende her viser til, er for det første at i *Bukkebo*-dommen hadde selger kommentert det spesifikke forhold som gjaldt vannintrengning, mens det i *Rotte*-dommen bare var bemerket at kjelleren ikke var inspisert. Der hvor opplysningene knytter seg mer spesifikt til den aktuelle feilen, vil feilen være mer påregnelig. Det vil medføre strengere krav til kjøpers undersøkelser, før han berettiget kan høres med at feilen var upåregnelig.

For det andre ville ikke den mangel som forholdet i Rt. 2008 s. 963 (Rottedommen) gjaldt blitt avdekket, med mindre det ble foretatt inngrep i bygningsmassen. Dette må tilsi at kravet til kjøpers undersøkelser blir mildere, fordi det vil være kostbart og tidkrevende å foreta undersøkelsen.

For Høyesterett ble utfallet i Rt. 2008 s. 963 (Rottedommen), at rotteskadene ikke ble ansett for å være en mangel etter § 3-9 annet punktum, men dette var fordi den generelle risikoen for et slikt angrep ikke var tilstrekkelig til at det ble ansett for å være påregnelig. Det var altså ikke slik at mangel på undersøkelser var utslagsgivende.

Et lignende synspunkt synes også å ligge til grunn ved LE. 2013 s. 145909. Spørsmålet i saken var hvorvidt fukt- og råteskader i kjeller som hadde blitt innredet for beboelsesrom tilsa at det forelå en mangel etter § 3-9 annet punktum. Selger hadde foretatt drenering ved egeninnsats og opplyst om dette ved salget, samt tatt et «som den er»-forbehold. Lagmannsretten la i dommen til grunn at nærmere undersøkelser fra kjøper ikke ville ha avdekket skaden.

Om påregnelighetsvurderingen uttaler lagmannsretten følgende:

*«Når boligen videre var benyttet, innredet og ble presentert med primærrom i kjelleren, og skaden ikke var synlig for noen, var det etter lagmannsrettens oppfatning, ikke påregnelig for kjøper at kjelleren var ubrukelig som beboelsesrom allerede ved overtakelsen.»*⁸⁷

Dersom dette overføres til de mer generelle vurderinger vil dette tilsi at opplysninger som ikke knytter seg direkte til det forhold feilen gjelder, ikke medfører at kjøperen overtar

⁸⁶ Rt. 2008 s. 963 («Rottedommen») (avsnitt 35)

⁸⁷ LE-2013-145909 (Eidsivating)

risikoen dersom han unnlater å gjøre nærmere undersøkelser. Det kan enten sees på som at slike opplysninger er utilstrekkelige til at feilen må ansees for å være påregnelig for kjøper, eller som at oppfordringen ikke er klar nok til å aktualisere undersøkelsesplikten.

Der hvor det er klart at undersøkelsene ikke ville avdekket skaden, eller hvor det ville innebære omfattende inngrep å foreta tilstrekkelige undersøkelser, vil dette også tale for at den aktuelle feilen ikke er påregnelig for kjøper.

6.3.2.3 «Tilhøva elles» - innebærer vurderingsmomentet også pristakst?

Etter lovens ordlyd fremstår ikke pristaksten ved salget som relevant. Når lovgiver har valgt kjøpesum, og ikke pristakst i lovteksten, kan dette tolkes slik at pristakst ikke skal vurderes. Vurderingsmomentet «tilhøva elles» favner imidlertid så bredt at pristaksten også må kunne vurderes. Etter rettspraksis er dette også gjort.⁸⁸ Drøftelsen av den legislative begrunnelse under pkt. 6.2.1 viser også at kjøpesummen – i alle fall i noen tilfeller – ikke nødvendigvis er egnet for å gi kjøper berettigede forventninger om eiendommens tilstand. For slike tilfeller – eksempelvis der kjøpesummen er et resultat av at eiendommen har en spesielt god beliggenhet med påfølgende budkrig - vil det være gode argumenter som tilsier at pristaksten i større grad har gitt kjøper grunnlag for berettigede forventninger enn den høye kjøpesummen. Mer om betydningen av pristakst følger under punkt 8.

6.4 Feil som tilsier mangel etter § 3-9 annet punktum på selvstendig grunnlag

Anderssen argumenterte i 2002 for at domstolene definerer visse typer feil som vesentlige, uavhengig av andre forhold.⁸⁹ Hans argumentasjon gjaldt tre hovedgrupperinger; graverende forskriftsmangler, grunnleggende konstruksjonssfeil og ekte hussopp. Under punkt 6.1.3.1 ble det vist til uttalelser i Rt. 2010 s. 103 som plasserte feil som medførte en grunnleggende funksjonssvikt i en særstilling i vesentlighetsvurderingen. Den overnevnte argumentasjon i juridisk teori hvoretter noen typer mangler er vesentlige etter § 3-9 annet punktum uavhengig av andre forhold, kan i så måte se ut til å ha vært korrekt.

⁸⁸ Se eksempelvis Rt. 2002 s. 1425 (s. 1430) hvor prosentmessig vurdering av utbedringskostnadene foretas både i forhold til pristakst og kjøpesum.

⁸⁹ Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*, (2002) s. 74

Syrstad har presentert tilsvarende argumentasjon. Han argumenterer for at konstruksjonsfeil «som regel» anses for å være en mangel, dersom det gjelder «en feil av alvorlig art».⁹⁰ Videre skriver han at «dersom husets bærende konstruksjoner er angrepet av sopp og råte (...) vil eiendommen som hovedregel ansees for å ha mangler etter avl. §3-9 andre pkt.»⁹¹ Syrstad er i så måte mindre absolutt enn Anderssen. Dette er forenlig med at vurderingen etter § 3-9 annet punktum er en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Dersom det eksempelvis dreier seg om en eiendom hvor tomten i all hovedsak er utgangspunktet for eiendommens verdi, og huset som befinner seg på eiendommen skal rives, er det ikke naturlig at et soppangrep utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum, selv om det gjelder ekte hussopp. Syrstad kan likevel ikke antas å gi uttrykk for et prinsipielt annet standpunkt enn Andersen, ettersom Anderssen også presiser at det aktuelle forhold må være en slik størrelse og karakter, at de innebærer en funksjonssvikt.⁹²

Uansett hvordan man vurderer argumentasjonen i juridisk teori, er det etter rettspraksis klart at visse forhold, der de gir seg utslag i en grunnleggende funksjonssvikt, gjerne vil være vesentlige og dermed utgjøre mangel etter § 3-9 annet punktum, uavhengig av om andre forhold taler for det motsatte. En slik fremgangsmåte kan stride med bestemmelsens helhetlige vurdering, men den er i tråd med de mer overordnede hensyn for mangelsbestemmer, som er å opprettholde balansen i avtaler.

⁹⁰ Syrstad s. 95

⁹¹ Ibid

⁹² Anderssen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*, s.

7 Oppsummering av vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

Bestemmelsen gir uttrykk for en skjønnsmessig helhetsvurdering. Dersom en feil skal kvalifisere for en vesentlighetsvurdering, må det først konstateres et avvik mellom kjøpers berettigede forventning og den reelle tilstand av eiendommen. Dette avviket utgjør inngangsvilkåret for at vesentlighetsvurderingen kan foretas.

Dersom en feil er påregnelig, vil den være innenfor hva kjøper måtte forvente. For slike tilfeller er ikke inngangsvilkåret oppfylt, og vesentlighetsvurderingen er utelukket.

Dersom det imidlertid konstateres en feil som lå utenfor det som var påregnelig for kjøper, er inngangsvilkåret oppfylt. Det neste blir da å vurdere hvorvidt dette avviket har forringet eiendommen i vesentlig grad. For at dette skal være tilfellet, må avviket være utvilsomt. Dersom et avvik i seg selv er ikke vesentlig, kan mindre avvik kumuleres for å vurdere om de samlet sett har forringet eiendommen i vesentlig grad.

For å fastslå kjøpers berettigede forventning har lovgiver splittet kjøperens forventning opp i et kvantitativt element «kjøpesummen» og et kvalitativt element «tilhøva elles». Momentene kan bøte på hverandre, slik at det ikke nødvendigvis er avgjørende for konklusjonen om ett av dem ansees for å være oppfylt.

Etter rettspraksis vil bestemmelsen vanligvis behandles slik at man foretar en vurdering av hvorvidt «kjøpesummen» og «tilhøva elles» taler for at en feil var mer, eller mindre påregnelig. Dersom et moment taler for at feilen var påregnelig, skal det mer til for at feilen ansees for å være vesentlig. I motsatt tilfelle senkes terskelen for at en feil er vesentlig, dersom momentet taler for at feilen var påregnelig.

Ved vurderingen av «kjøpesummen» er det etter rettspraksis likevel en tendens til å vurdere det som et krav som enten er oppfylt, eller ikke oppfylt. I så måte vil «kjøpesummen» gjerne tjene som utgangspunktet, hvor det i neste omgang vurderes hvorvidt «tilhøva elles» gir grunnlag for å fravike dette.

Det kvantitative element av vesentlighetskravet – «kjøpesummen» - vil vanligvis være oppfylt dersom forholdet mellom utbedringskostnad og kjøpesum tilsier en prosentsats i den øvre del av spennet mellom 3 og 6 prosent. Etter juridisk teori er dette fortolket som en terskel på ca. 5 prosent.⁹³ Dersom forholdet mellom utbedringskostnad og kjøpesum ikke medfører en prosentsats som overstiger ca. 5 prosent, skal det mye til for at feilen ansees for å være vesentlig. Et forhold som har vært tilstrekkelig til at en feil ble ansett som vesentlig til tross for at prosentsatsen lå under 5 prosent, var at eiendommens alder tilsa at den måtte vurderes som om den var ny, og i utgangspunktet bedømmes ut fra forventninger om at den var tilnærmet feilfri.

For den kvalitative siden av vesentlighetskravet – «tilhøva elles" - må det foretas en samlet vurdering av boligens alder, tilstand, selgers opplysninger og kjøpers undersøkelser.

Boligen alder er etter rettspraksis særlig viktig. Desto eldre boligen er, jo mer påregnelig vil skjulte feil ved denne være. For eldre boliger skal det dermed mer til for at en feil er vesentlig, og følgelig utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum.

Der hvor feilen gjelder en del av boligen som har blitt renoverert eller pusset opp, må denne vurderes i forhold til tidspunktet for oppussingen, ikke boligens alder generelt.

Levetidsbetraktninger antas å kunne være et relevant moment ved drøftelsen, slik at det er mer sannsynlig at en feil er en mangel etter § 3-9 annet punktum, dersom feilen har oppstått før antatt levetid ved komponenten er utløpt. Foreløpig gir imidlertid rettspraksis uttrykk for at levetidsbetraktninger har begrenset vekt ved vurderingen.

I henhold til boligens tilstand, er vurderingen tilsvarende som for boligens alder. Det skal mer til for at en feil ansees for å være vesentlig, dersom en eiendom fremstår som slitt, av lav standard, og/eller har med manglende vedlikehold. Dette skyldes at slitasje generelt vil øke risikoen for skjulte feil, slik at disse i større grad må være påregnelige for kjøper.

I hensyn til opplysninger fra selger, er det etter rettspraksis gitt unntak for generelle og salgsfremmende opplysninger som er presentert i markedsføringsøyemed. Eksempelvis vil opplysninger som beskriver en bolig beskrives som; luksuriøs, moderne og lekker, ikke tilsi at kjøper berettiget kunne ha høyere forventninger, slik at skjulte feil var mindre påregnelige.

⁹³ Anderssen, "Leder: En ny tidsregning i avhendingsretten", s. 113.

Ved spesifikke opplysninger om det forhold feilen gjelder, vil disse være relevante for vurderingen. Der hvor disse gir uttrykk for at kjøper kunne ha høye forventninger, vil skjulte feil være mindre påregnelige. For slike tilfeller vil feilen lettere bli ansees som vesentlig, slik at mangel foreligger etter § 3-9 annet punktum.

Der hvor det foreligger opplysninger fra selger som har gitt kjøper grunn til bekymring med hensyn til risikoen for skjulte feil, vil det avgjørende være hvordan kjøper har reagert på risikoen. Dersom kjøper har fått en konkret oppfordring, og unnlatt å foreta nærmere undersøkelser, må han som et utgangspunkt bære risikoen for dette. Feilen utgjør da ikke en mangel etter § 3-9 annet punktum, gitt at undersøkelsen ville ha avdekket feilen.

Der hvor eventuelle undersøkelser ikke ville ha avdekket feilen, eller det ville måtte innebære betydelige inngrep å foreta undersøkelsene - og feilen i seg selv er vesentlig - må det antas at det foreligger en mangel etter § 3-9 annet punktum. Dette vil være uavhengig av om kjøper faktisk foretok undersøkelsene, eller ikke.

Dersom feilen gir seg utslag i en funksjonssvikt ved eiendommen tyder rettspraksis på at feilen som hovedregel vil utgjøre en mangel etter § 3-9 annet punktum, uavhengig av om andre forhold tilsier at man måtte forvente en risiko for skjulte feil. Unntak kan likevel tenkes, eksempelvis der hvor feilen som gir seg utslag i funksjonssvikt, gjelder et hus som skal rives.

8 Prosentlæren

8.1 Prosentlærens vekt som et moment i vesentlighetsvurderingen

Gjennomgangen av prosentlæren viser at forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum er et relevant moment i forhold til vesentlighetsvurderingen. Spørsmålet er imidlertid om denne vurderingen har større betydning enn de andre moment med vesentlighetsvurderingen?

Uttalelsene fra Høyesterett tyder på at dette ikke er tilfellet. Prosentlæren har blitt karakterisert som et utgangspunkt for vurderingen, men ikke det avgjørende.⁹⁴ En slik forståelse har også støtte i lovteksten. Ordlyden i bestemmelsen gir ikke grunnlag for å tolke lovgivers hensikt slik at «kjøpesummen» – som prosentlæren må antas utledet fra – skal bli tillagt mer vekt enn «tilhøva elles». Etter juridisk teori ser dette også ut til å være hovedoppfatningen.⁹⁵

8.2 Er vurderingen etter prosentlæren i tråd med avhendingslovens formål?

Ved gjennomgangen av «kjøpesummen» som en del av kjøpers forventning ble det vist til at momentet er vurdert som det kvantitative element av vesentlighetsvurderingen.⁹⁶ Begrunnelsen for en slik praksis, må til en viss grad sees i relasjon til formålet med avhendingsloven. Som illustrert innledningsvis var et av to sentrale målsetninger ved innføringen avhendingsloven at den skulle redusere antallet tvister. Det andre var å klarlegge partenes rettigheter.

Når rettspraksis, og spesielt underrettspraksis, senere har foretatt prosentvurderinger i stor grad,⁹⁷ er det naturlig å forstå dette i sammenheng med at det gir et effektivt utgangspunkt å foreta helhetsvurderingen etter. Dersom en veiledende terskel på rundt 5 prosent anses som et

⁹⁴ Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 43) jf. Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») og Rt. 2007 s.1587 («Avvisningsrettsdommen»)

⁹⁵ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, s. 185 med henvisning til Lilleholt.

⁹⁶ Se gjennomgang av «kjøpesummen» som det kvantitative element under punkt 6.2.2 og følgende i oppgaven

⁹⁷ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, s. 185

generelt utgangspunkt, vil det kunne være enklere å vurdere hvordan en part ligger an i forkant av en rettssak. Dette øker forutberegneligheten for partene, og kan føre til at prosessviljen på området reduseres. I tillegg vil det være svært effektivt for domstolene å foreta vurderingen på denne måten. Etter dette er utviklingen av prosentlæren etter rettspraksis i tråd med avhendingslovens formål.

Problemer kan imidlertid oppstå dersom hensynet til å redusere antall rettstvister, gjennom å øke domstolens effektivitet, og partenes forutberegnelighet, går på akkord med avgjørelsens kvalitet. Begrunnelsen for en slik påstand må sees i sammenheng med det misforholdet som oppstår mellom lovens ordlyd og den tolkning som rettspraksis har lagt til grunn.

Det kan argumenteres for at en forståelse av «kjøpesummen» som en prosentuell avveining av forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum, er en tolkning som går utover ordlyden. Ordlyden av «kjøpesummen» gir i utgangspunktet bare uttrykk for at «kjøpesummen» kan gjenspeile eiendommens kvalitet og dermed gi uttrykk for hva kjøper kan forvente. Det er i denne sammenheng det i juridisk teori er argumentert for at høy kjøpesum gjenspeiler en kontraktsgjenstand av høy kvalitet.⁹⁸ Dette skal i utgangspunktet bety at det skal mindre til for å fastslå at det foreligger mangel etter § 3-9 annet punktum, ved høy kjøpesum.

Etter prosentlæren stiller dette seg annerledes. Der hvor kjøpesummen er høy, vil feilen som utgjør grunnlaget for utbedringskostnaden representere en liten prosentmessig andel av kjøpesummen. For slike tilfeller gir prosentlæren seg utslag i at det skal mer til for at en mangel skal anses for å være vesentlig etter vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum. I så måte gir prosentlæren uttrykk for det motsatte av utgangspunktet etter lovteksten, hvoretter høy pris gir en lempeligere terskel for å anføre mangel.⁹⁹

Det typiske eksempelet på at en slik anvendelse av prosentlæren kan svekke avgjørelsen, får man der hvor en eiendoms høye kjøpesum i stor grad skyldes en god beliggenhet, eller er et resultat av en opphetet budrunde. Dette kan enklest illustreres ved et eksempel.

I eksempelet har to eiendommer identisk standard. Den ene leiligheten selges for 1 million kroner og ligger i utkanten av Sandnes. Den andre leiligheten selges for 5 millioner kroner og er sentralt beliggende i Stavanger. Senere oppstår det en feil ved begge eiendommer, som

⁹⁸ Hauge, s. 277

⁹⁹ Andersen, *Avhendingslovens § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom* s. 73

representerer en identisk utbedringskostnad på 100.000. For eiendommen i Sandnes utgjør feilen et prosentmessig avvik på 10 %. For eiendommen som ligger til sentralt i Stavanger utgjør det prosentmessige avviket 2 %. Etter prosentlæren skal det svært mye til for at eiendommen med i Stavanger har en mangel etter § 3-9 annet punktum. For eiendommen i Sandnes blir resultatet motsatt.

En slik konklusjon er ikke i tråd med de legislative hensyn for å innføre «kjøpesummen» som et vurderingsmoment. Dersom disse hensyn ble ivaretatt, ville vært lettere å stadfeste mangel ved eiendommen i Stavanger, enn ved eiendommen i Sandnes. Det er i denne sammenheng det kan argumenteres for at de hensyn som taler for å vektlegge prosentlæren går på akkord med avgjørelsens kvalitet.

Det kan tenkes at grunnen til at prosentlæren – i hvert fall ved noen tilfeller – ser ut til å gå på akkord med de legislative hensyn for å inkludere kjøpesummen i lovteksten, skyldes forholdet mellom avhendingsloven og kjøpslovgivingen for øvrig. Ordlyden i avhendingslovens § 3-9 annet punktum er som tidligere vist identisk med ordlyden av § 19 (1) c) i den eldre kjøpsloven. Ettersom lovteksten direkte har blitt overført for kjøp av fast eiendom, er det ikke tatt høyde for at kjøpesummen som en refleksjon av kontraktsgjenstandens kvalitet er mer belysende for kjøp av ting, enn det er for kjøp av eiendom. Der hvor en kjøper har anskaffet seg en brukt gjenstand er det liten mulighet for at andre omstendigheter enn gjenstandens egenskaper alene kan ha påvirket den endelige kjøpesummen. Slik er det imidlertid ikke ved kjøp av fast eiendom.

Som et motargument til dette kan det vises til at Høyesterett – som vi tidligere har vært inne på - flere ganger har vært påpasselige med å påpeke at prosentvurderingene bare tjener som et utgangspunkt, og ikke er avgjørende for helhetsvurderingen.¹⁰⁰ Slike uttalelser medfører en sikkerhet for de tilfeller hvor prosentlæren ikke er spesielt anvendelig i forhold til hva kjøper kunne forvente, fordi det åpner opp for at kvalitative element kan vektlegges i større grad.

Slike bemerkninger er imidlertid ikke spesielt overbevisende dersom utgangspunktet etter prosentlæren er fundamentalt uriktig, sett i forhold til den legislative begrunnelse for inntakelsen av «kjøpesummen» som et vurderingsmoment. Spesielt ikke når praksis fra Høyesterett viser at det skal mye til for at utgangspunktet etter prosentlæren fravikes.¹⁰¹

¹⁰⁰ Bl.a Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 51) og Rt. 2002 s.1425 (s.1429)

¹⁰¹ Rt. 2010 s. 103 jf. Rt. 2007 s. 1598 (Avvisningsrettsdommen)

8.3 Prosentlæren – de lege ferenda

I overstående avsnitt er det påpekt visse svakheter ved anvendelsen av prosentlæren.

For det første kan den anvendelsen av læren få et resultat som går i motsatt retning av det tradisjonelle kjøpsrettslige utgangspunktet om at en høy kjøpesum gir uttrykk for en vare av god kvalitet.

For det andre vil kjøpesummen som grunnlag for prosentberegningen kunne medføre at egenskaper ved eiendommen, eller forhold ved kjøpsprosessen, som ikke bør tillegges betydning i forhold til risiko for skjulte feil – (som beliggenhet, utsikt, naboforhold, en opphetet budrunde) – medføre at det skal mer til for at en feil utgjør en mangel etter § 3-9 annet punktum.

For det tredje er det «kjøpesummen» uheldig som vurderingsmoment, fordi kjøper selv har mulighet til å påvirke den, slik at han i realiteten også påvirker hvilke forventninger han kan ha med hensyn til eiendommens kvalitet.

Etter mitt syn vil noen av disse svakhetene kunne bøtes på, dersom betydningen av takstprisen for noen tilfeller sidestilles med kjøpesummen som utgangspunkt for prosentberegningen.

Eksempelvis kan det argumenteres for at takstprisen i større grad gjenspeiler eiendommens kvaliteter, i tilfeller hvor en kjøpesum er oppblåst på bakgrunn av en spesielt opphetet budrunde.

Ei heller vil kjøper ha anledning til å påvirke egne forventninger til eiendommens kvaliteter der hvor takstpris – som jo forholder seg uendret gjennom kjøpsprosessen - er grunnlag for prosentberegningen.

Rettspraksis gir foreløpig lite tilfredsstillende svar på om en slik tanke er holdbar. I Rt.2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen»), vurderte riktignok Høyesterett både takst og kjøpesum, men det ble gjort uten å si noe om hvilken betydning takstpris hadde. Den nyere Rt. 2010 s. 103 gikk gjennom prosentberegningene fra Rt .2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen»), og foretok deretter prosentberegningene i saken uten å vurdere takstpris. Dette valget kan tolkes som at Høyesterett velger å gå bort fra vurderingen av takstpris, men de reelle forhold i saken taler for at dette ikke var tilfellet. I Rt. 2010 s. 103 var det nemlig slik at differansen mellom

taktspris og kjøpesum var kroner 20 000. En vurdering av taktsprisen ville i så måte ikke hatt noen særlig betydning.

I juridisk teori har det tidligere blitt fremsatt lignende synspunkter. Argumentasjonen her har imidlertid vært at takstpris skal erstatte kjøpesum som utgangspunkt for prosentberegningen når kjøpesummen er fastsatt ved budrunde.¹⁰² Dette skiller seg fra mitt synspunkt, som ikke innebærer å erstatte kjøpesummen som vurderingsmoment, men å innta pristakst ved siden av kjøpesummen (i større grad enn rettspraksis ser ut til å gjøre i dag). I avsnittene under skal jeg gå gjennom kritikken som synspunktet ble møtt med i juridisk teori.

Som en innsigelse mot pristakst, er det argumentert for at å legge pristaksten til grunn ved vesentlighetsvurderingen strider mot lovens ordlyd.¹⁰³

En slik bemerkning må imidlertid forstås i relasjon til en argumentasjon hvoretter prosentberegningen er basert utelukkende på takstpris. Dersom takstpris i stedet inngår som en del av denne beregningen i tillegg til kjøpesummen – slik det her argumenteres for – må dette klart nok være innenfor ordlyden av «tilhøva elles». At takstpris ble vurdert i Rt. 2002 s. 1425 («Bukkebo-dommen») illustrerer også dette.

Det som imidlertid kan anføres, er at lovens utforming taler for at takstpris ikke kan vektlegges i samme grad som kjøpesummen, all den tid kjøpesummen er et eget moment i vesentlighetsvurderingen, mens takstpris må innfortolkes i «tilhøva elles». Etter mitt syn kan denne innsigelsen imidlertid ikke få særlig betydning, ettersom kjøpesummen fortsatt vil være det naturlige utgangspunktet der hvor det ikke foreligger særegne omstendigheter, som en opphetet budrunde. I så måte vil kjøpesummen fortsatt ha en viktigere posisjon enn takstpris for bestemmelsen som helhet.

Et annet argument fremsatt mot at takstpris skal legges til grunn ved prosentberegningen er at et slikt forslag ikke slo igjennom da det ble fremsatt i Innst. O. nr 51 (1987-1988).¹⁰⁴ Etter mitt syn svekkes argumentet ved en gjennomgang av komiteens begrunnelse.

I dokumentet uttrykkes det at «utropspris» kunne ha forskjellig innhold i ulike sammenhenger, slik at det kunne gjelde forhåndstakst, minstepris, katalogpris eller den prisen

¹⁰² Syrstad, s. 91

¹⁰³ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 183

¹⁰⁴ Ibid

auksjonarius starter budgivningen med.¹⁰⁵ Siden dette i praksis kunne gjøre det vanskelig å finne tilbake til en utropspris, så var det uheldig å benytte det som et rettslig kriterium.¹⁰⁶

Innst. O. nr 51. (1987-1988) behandlet kjøpsloven, og uttalelsene det vises til var knyttet til auksjonskjøp spesielt. De praktiske utfordringer med å finne tilbake til innholdet av utropspris vil ikke være like problematisk ved salg av fast eiendom, som for auksjonskjøp i tradisjonell forstand. Både prisantydning og pristakst fremgår vanligvis tydelig i prospekt og salgsannonse ved salg av eiendom.

I så måte er begrunnelsen for å avfeie utropspris etter Innst. O. nr 51 (1987-1988) etter min mening ikke treffende for salg av fast eiendom, og dermed ikke avgjørende. I tillegg bemerkes det at rettskilder som behandler kjøpslovgivingen generelt, ikke nødvendigvis har samme vekt når det gjelder kjøp av fast eiendom.

Videre er det påstått at å vurdere pristakst eller prisantydning som en riktigere vurdering av eiendommens verdi enn hva markedet er villig til å gi for eiendommen, er en illusjon.¹⁰⁷

Slik jeg ser det er det imidlertid ikke eiendommens verdi som sådan som er det sentrale. Det sentrale er å vurdere hvilke berettigede forventninger kjøpesummen gir kjøperen. Begrunnelsen for at kjøpesummen er inntatt som et vurderingsmoment, er at den kan gjenspeile hvilke berettigede forventninger kjøperen kan ha med hensyn til dens kvalitet. Spørsmålet er i så måte om det er pristakst eller markedspris som gjenspeiler eiendommens kvalitet mest nøyaktig, ikke hvilken verdisetting som er mest korrekt. I dette henseende mener jeg at selges eller takstmanns verdisetting – enten i form av selgers kjennskap til eiendommen, eller i form av takstmannens ekspertise – er mer beskrivende enn kjøpesummen.

Min argumentasjon befinner seg altså et sted mellom Syrstad - som mener at utropsprisen bør erstatte kjøpesummen der hvor sistnevnte er et resultat av budgivning mellom to eller flere interessenter - og Anderssen som argumenterer for at å legge takstpris til grunn ved vesentlighetsvurderingen ikke er holdbart. Etter mitt syn bør ikke takstpris ikke erstatte kjøpesummen som vurderingsgrunnlag, men den bør tillegges mer vekt, særlig i de tilfeller hvor kjøpesummen i stor grad er skyldes andre omstendigheter enn eiendommens kvaliteter.

¹⁰⁵ Innst.O. nr.51 (1987-1988) s. 17

¹⁰⁶ Innst.O. nr 51 (1987-1988) s. 17

¹⁰⁷ Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer* s. 183

Dersom det likevel skulle være slik at lovens ordlyd gir for stor motstand til at taktspris kan tillegges større vekt ved prosentlæren, mener jeg at kjøpesummens betydning isolert sett må vektlegges i større grad. Det er i denne sammenheng kjøpesummen som vurderingsmoment er i overenstemmelse med det legislative formål. Etter Høyesterettspraksis er det bemerkelsesverdig liten sammenligning av kjøpesummen med tilsvarende eiendommer. En slik sammenligning er det beste grunnlaget for å vurdere hvorvidt kjøpesummen er høy, eller lav. Å innta en slik vurdering som en motpol vil kunne bøte på den innebygde svakheten ved prosentlæren, som er at en høy kjøpesum resulterer i en lavere prosentsats i forhold til utbedringskostnader.

LITTERATURLISTE

Lover

- 1918** Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- 1992** Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven)
- 1988** Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

Lovforarbeider

- Ot.prp.nr.66 (1990-1991)** Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven).
- NOU 1979:48** Rådsegn 12 – Avhending av fast eiendom
- Innst. O. nr 51 (1987-1988)** Innstilling fra justiskomiteen om A) Kjøpslov og B) Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp

Bøker

- Anderssen (2002)** Anderssen, Harald Benestad, *Avhendingslovens § 3-9 2.punktum, Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*, (Oslo 2002).
- Anderssen (2008)** Anderssen, Harald Benestad, *Avhendingsloven: med kommentarer*, (Oslo 2008)

- Bergsåker (2002)** Bergsåker, Trygve, *Kjøp av fast eiendom, Med kommentarer til avhendingsloven*, 5. utgave (Oslo 2013).
- Eckhoff (2001)** Eckhoff, Torstein ved Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)
- Krüger (1999)** Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave (Bergen 1999)

Artikler

- Syrstad (2005)** Syrstad, Helge: «Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen», Tidsskrift for Eiendomsrett s.86-97, TFEI-2005-86.
- Hauge (2010)** Hauge, Hilde: «Som den er»-forbehold: Særlig om hvilke objektive avvik ved kontraktsgjenstanden som kvalifiserer for kjøpsrettslig mangel», Jussens venner 2010 s.255.293 (JV-2010-255).
- Bergsåker (2010)** Bergsåker, Trygve: «Høyesterettsdom om avhendingsloven – Rt-2010-103», Nytt i privatretten nr.2 2010 s.17-18 (NIP 2010-2-17)

Domsregister

Høyesterett

- Rt. 1997 s. 70**
- Rt. 2002 s. 1425** «Bukkebo-dommen»
- Rt. 2004 s. 675**
- Rt. 2005 s. 1281** «Baderomsdommen»
- Rt. 2007 s. 1587** «Avvisningsrettsdommen»
- Rt. 2008 s. 963** «Rottedommen»

Rt. 2010 s. 103

Lagmannsretten

RG 1996 s. 435	(Frostating)
LE-2001-656	(Eidsivating)
RG 2003 s. 1513	(Borgarting)
RG 2003 s. 718	(Borgarting)
LE-2005-165841	(Eidsivating)
LA-2006-64511	(Agder)
LG-2006-49897	(Gulating)
LG-2006-148629	(Gulating)
LE-2013-145909	(Eidsivating)
LE-2014-121834	(Frostating)